



UNIVERSIDAD
Finis Terrae
VINCE IN BONO MALUM

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDICOS

Yael Abramson Ahumada
Tamara Cancino Casanova

Memoria presentada a la Facultad de Derecho para optar al grado de Licenciado
en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Juan Andrés Celis Pérez

Santiago, Chile

2014

AGRADECIMIENTOS

A mi padre, médico, y a mi madre, enfermera, que me apoyaron durante todos mis años de estudios y me inspiraron a tener mayores conocimientos sobre la medicina legal.

Yael Cecilia Abramson Ahumada

A mis padres Juan Cancino y Magdalena Casanova, a mi familia y al Dr. Abramson.

Tamara Constanza Cancino Casanova

INDICE

| | Pág. |
|--------------------|------|
| Introducción | 1 |

CAPITULO 1

RESPONSABILIDAD EN DERECHO PRIVADO

| | |
|--|----|
| 1.1 Definiciones | 3 |
| 1.2 Antecedentes históricos..... | 11 |
| 1.3 Evolución de la doctrina y jurisprudencia chilena en la responsabilidad médica..... | 13 |
| 1.4 Responsabilidad civil y sus fuentes..... | 17 |
| 1.5 Elementos de la responsabilidad médica..... | 20 |
| 1.5.1 Sujetos..... | 20 |
| 1.5.2 Objeto..... | 22 |
| 1.5.3 El daño..... | 22 |
| 1.5.4 La culpa o el dolo..... | 23 |
| 1.5.5 El nexo causal..... | 26 |

CAPITULO 2

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION DEL MEDICO

| | |
|---|----|
| 2.1 La responsabilidad médica en sede extracontractual..... | 30 |
| 2.1.1 Antecedentes generales..... | 30 |
| 2.1.2 La responsabilidad extracontractual como regla general..... | 32 |
| 2.2 Responsabilidad contractual del profesional médico..... | 35 |
| 2.2.1 Contrato de prestación de salud..... | 36 |

| | |
|---|----|
| 2.2.2 Responsabilidad de la clínica privada..... | 43 |
| 2.3 Trabajo médico en equipo y la responsabilidad compartida..... | 46 |

CAPITULO 3

EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

| | |
|---|----|
| 3.1 Ejercicio legal de la medicina..... | 49 |
| 3.1.1 La lex artis..... | 52 |
| 3.1.2 Mala praxis médico-legal..... | 54 |
| 3.2 La obligación médica..... | 58 |
| 3.2.1 Obligación de medios..... | 59 |
| 3.2.2 Obligación de resultado..... | 60 |
| 3.3 Actividad pericial médica..... | 61 |

CAPITULO 4

DERECHOS Y DEBERES DE LA RELACION MEDICO-PACIENTE

| | |
|---|----|
| 4.1 Derechos y deberes del paciente..... | 63 |
| 4.2 Casos sobre responsabilidad médica en el derecho chileno actual.. | 67 |
| 4.2.1 Se recurre al tribunal constitucional sobre inconstitucionalidad de la ley sobre licencias médicas..... | 67 |
| 4.2.2 Fallo de la Corte Suprema reconoce deficiencias laborales en el ejercicio médico..... | 68 |
| 4.2.3 Temor de médicos en la atención de salud..... | 69 |

CAPITULO 5

APLICACIÓN EN OTROS TIPOS DE RESPONSABILIDAD

| | |
|---|----|
| 5.1 Responsabilidad administrativa del Estado..... | 70 |
| 5.1.1 Responsabilidad del establecimiento público..... | 72 |
| 5.1.2 Actos médicos y actos de cuidado..... | 78 |
| 5.1.3 Fuentes de esta responsabilidad..... | 80 |
| 5.1.4 La investigación sumaria..... | 82 |
| 5.1.5 Fallos sobre responsabilidad administrativa..... | 86 |
| 5.2 Responsabilidad penal..... | 87 |
| 5.2.1 Hechos que sanciona las normas penales..... | 90 |
| 5.2.2 El delito culposo..... | 91 |
| 5.2.3 Jurisprudencia nacional en la responsabilidad penal médica..... | 94 |

CAPITULO 6

OTROS TEMAS

| | |
|---|-----|
| 6.1 Judicialización de la medicina..... | 99 |
| 6.2 Falmed..... | 102 |
| 6.2.1 Estadísticas..... | 104 |
| 6.3 La mediación en salud..... | 105 |
| 6.3.1 Un poco de historia..... | 105 |
| 6.3.2 Principios generales de la mediación en salud..... | 106 |
| 6.3.3 La inconstitucionalidad de la mediación en salud..... | 107 |
| 6.3.4 Postura de Falmed..... | 112 |
| 6.4 Reforma procesal civil y sus efectos en la responsabilidad médica..... | 114 |

| | |
|-------------------|-----|
| Conclusión | 117 |
| Bibliografía..... | 118 |
| Anexos..... | 120 |

INTRODUCCION

En nuestra actual sociedad el problema de la responsabilidad en el derecho se desarrolla como nunca antes. El hombre constantemente está expuesto al daño, ya sea en la vía pública, durante su faena laboral o en el riesgo de algún problema de salud.

En el arte de la medicina han surgido importantes cambios que la han renovado totalmente, tanto del punto de vista de la especialidad, como respecto al derecho. El antiguo médico examinaba al paciente con métodos simples y sencillos, lo cual ha ido siendo desplazado por un profesional dotado de alto conocimiento y técnica, ayudado por auxiliares que conforman el equipo de salud, máquinas y equipos modernos. Por lo mismo, actualmente existen más exigencias hacia el médico y su equipo. La sociedad le ha exigido con el tiempo un mayor conocimiento y una mejor atención al paciente, lo que ha influido desde el punto de vista legal de cómo debe ser el actuar del profesional de la salud para no caer en responsabilidades tanto civiles como penales o administrativas.

Actualmente en nuestro país los juicios en que se busca la responsabilidad de médicos o de establecimientos de salud han ido aumentando considerablemente, gracias a un mejor acceso a la defensa legal, a un mayor conocimiento de los pacientes respecto de sus derechos y deberes, como también por influencias internacionales, sobre todo de la norteamericana. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia ha abierto para el jurista un amplio campo de estudio sobre cómo se manifiesta la responsabilidad del médico, del centro de salud, del equipo médico, cuándo es correcto exigirla, y cómo debe actuar la defensa legal en estos casos.

En esta tesis se tocarán temas desde la responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico en forma general, manifestada tanto en el derecho privado como público, profundizando posteriormente en la respectiva responsabilidad civil

del médico en el ejercicio de su profesión, tanto contractual como extracontractual; el ejercicio de la medicina como tal, especificando qué es y cuándo se presenta la mala praxis; los derechos y deberes de la relación entre el médico y el paciente; la aplicación de la responsabilidad médica en otros tipos como la administrativa, en que se ve involucrado el Estado, y la penal, como también las instituciones que existen en nuestro país que protegen a los médicos en caso de negligencias en el ejercicio de su profesión.

CAPITULO 1

RESPONSABILIDAD EN DERECHO PRIVADO

1.1 Definiciones

La palabra “Responsabilidad” viene del latín *responsum*, que es una expresión latina del verbo responder. Por eso decimos que responsabilidad significa la “habilidad de responder”. Para el ordenamiento jurídico el hecho de responder se refiere a una compensación legal frente a un incumplimiento señalado por ley. En derecho la clasificación más importante de responsabilidad es la civil y penal, no obstante de existir otras en nuestro ordenamiento jurídico como la administrativa.

Cabe tener presente qué se quiere decir cuando propiamente hablamos de responsabilidad civil. Juan Andrés Orrego menciona que [Todo acto voluntario realizado con o sin la intención de producir efectos jurídicos origina para su autor la consiguiente responsabilidad, de manera que las consecuencias del acto son imputables a su autor, ya sea en cuanto a la reparación del daño que ese acto haya podido producir por el no cumplimiento de las obligaciones contraídas (responsabilidad contractual), ya sea por la ejecución del acto mismo (responsabilidad extracontractual)].¹

La responsabilidad civil es la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, habitualmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios. Díez-Picazo define la responsabilidad como [La sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la

¹ ORREGO, Juan Andrés. La responsabilidad extracontractual: delitos y cuasidelitos civiles. pp. 1.

obligación de reparar el daño producido].²

Esta responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, sin dejar de lado que la doctrina moderna ha agregado también la responsabilidad pre y post contractual dentro del Derecho nacional. Nos referimos a responsabilidad contractual cuando el daño que se produce es producto del incumplimiento de una obligación pre-establecida entre dos o más partes, es decir, un contrato. En cambio, en la responsabilidad extracontractual hay otro camino por el cual se causa un daño, y es aquél incumplimiento que se produce por infringir una norma jurídica, la cual a su vez puede ser causada tanto por dolo o culpa (esta última también llamada negligencia), es decir, cuando la responsabilidad emana de un delito o cuasidelito civil, respectivamente.

El Art. 2314 de nuestro Código Civil señala: [El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito].

En otras palabras, toda responsabilidad es causada por un incumplimiento que ocasiona un daño y el cual en el Derecho civil conlleva una sanción que es la reparación de dicho incumplimiento mediante la indemnización de perjuicios, es decir, pagar una suma de dinero, a diferencia de la sanción en el Derecho penal en el cual las sanciones ante un delito o cuasidelito puede ser tanto multas en dinero como penas privativas de libertad.

El daño definido por la Real Academia Española es [Dolor o sufrimiento, perjuicio o deterioro], mientras que daños y perjuicios es definido como [Resarcimiento legal que se hace pagar al causante de un daño].³

Jurídicamente daño es todo menoscabo, detrimento, dolor, molestia, que

² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil. pp. 591.

³ Diccionario de la Real Academia Española

sufre el individuo en su persona física o moral, o en sus bienes como consecuencia de un hecho ilícito. En la responsabilidad extracontractual podemos encontrar tres tipos de daños indemnizables: el daño emergente, lucro cesante y daño moral. El primero se refiere al daño efectivamente causado en el patrimonio de una persona (por ejemplo, en un accidente de tránsito donde se ocasiona daños al vehículo), el lucro cesante es aquél provecho económico que se deja de percibir a consecuencia del hecho ilícito (en el mismo ejemplo, alguien dejó de trabajar porque sufrió daños físicos). Y, por último, el daño moral es toda pena o aflicción derivada del hecho ilícito. Los dos primeros se refieren a la categoría llamada “daños patrimoniales”.

Nuestro ordenamiento jurídico incluye el daño moral como indemnizable solo dentro del incumplimiento que ocasiona un hecho irresponsable en el ámbito extracontractual. Esto se verifica en los Art. 2314 y 2329 del Código Civil. El primero ya expuesto, mientras que este último señala en su inciso 1°: [Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta]. Es decir, la misma ley señala expresamente que en la responsabilidad extracontractual siempre se indemniza todo daño, mientras que en la responsabilidad contractual solo procede el daño emergente y lucro cesante.

Ahora, refiriéndonos a la responsabilidad civil medica propiamente tal, se sabe que ésta es ocasionada por las llamadas “negligencias médicas”, la cual no está definida en ninguna ley de la República. Por lo tanto ¿Qué entenderemos como negligencia médica?

Todo lo que el médico profesionalmente hace frente a un paciente es un “acto médico”. El acto médico consta de etapas, con características propias establecidas por la buena práctica médica, la tradición, el conocimiento científico actual e incluso el sentido común. Esquemáticamente, se compone de una historia clínica (anamnesis, que es el relato del paciente), examen físico y exámenes complementarios. Con todo lo anterior se establece una conclusión, llamada

Diagnóstico. De allí se sigue a la etapa final, que es la que importa primariamente al paciente: la Terapia, que tiene por fin la mejoría de la afección e idealmente la “curación”.

El acto médico involucra un actuar sobre el ser humano enfermo. La enfermedad, y el ser humano en sí, tienen sus propias leyes y características, propias de su naturaleza biológica. Esto significa que la medicina no es una ciencia exacta y que muchos imponderables, incluyendo algunos aún no conocidos o no comprendidos totalmente, pueden actuar en un caso dado.

Varias etapas del acto médico tienen en sí un riesgo conocido, inherente al acto mismo. Por ejemplo, prácticamente toda terapia tiene potencialmente un lado negativo: posibles efectos secundarios indeseables o fracaso terapéutico. En la mayoría de los casos éste se puede estimar de antemano, es decir, se ha cuantificado el riesgo estadístico que un paciente lo padezca. Por ejemplo, hay tasas conocidas de complicaciones esperadas (o reportadas) de procedimientos o tratamientos como la apendicetomía, del uso de insulina, de la operación cesárea, tratamientos antibióticos, etc. Para que una terapia sea aceptable, y por lo tanto esté en uso, en la práctica estas tasas son estadísticamente bajas. En otros casos el efecto negativo se presenta en forma inesperada e impredecible: por ejemplo, ciertas reacciones alérgicas, o las llamadas reacciones de “idiosincrasia” frente a medicamentos.

Aún los estudios diagnósticos, previos a una terapia, tienen un riesgo potencial. Desde la simple punción venosa para extraer una muestra de sangre hasta el estudio radiológico. En general, entre más sofisticados son los estudios mayor es ese riesgo potencial.

En consecuencia, todo acto médico es riesgoso en alguna medida por la propia naturaleza de cada uno de los aspectos involucrados: sujetos y acciones.

El paciente acude al médico para que éste lo devuelva a su estado previo, real o supuesto, de “plena salud”. Ésta es su expectativa. Pero las expectativas del paciente no necesariamente son realistas. En toda situación dada, las expectativas del médico (lo que se espera que ocurra producto del acto médico) pueden ser muy diferentes a las del paciente o su entorno. El médico, desde su información técnica, sabe, por ejemplo, que determinada enfermedad no puede ser curada, sino solo paliada en sus efectos; que cierto procedimiento tiene tales o cuales riesgos conocidos; que determinado medicamento suele producir tales o cuales efectos secundarios, etc. Si estas expectativas médicas no son adecuadamente explicitadas, transmitidas o explicadas al paciente o su entorno de manera clara y comprensible, se produce una situación divergente que aumenta en mucho el riesgo de malas interpretaciones frente a un evento adverso.

Las expectativas deben ser proporcionales, en cada caso, a la naturaleza de la situación. Por ejemplo, hay enfermedades que por su naturaleza son, al día de hoy, incurables. Otras son, por su naturaleza, “enfermedades crónicas” (de curso prolongado o permanente), en que la medicina sólo puede ofrecer alivio de síntomas o soluciones parciales. Otras son plenamente curables. Se sigue de esto que el resultado final debe evaluarse no sólo a la luz del acto médico, sino también de la naturaleza de la enfermedad de que se trate; es decir, de la naturaleza biológica humana. El fracaso en curar un cáncer diseminado o una esclerosis múltiple no es comparable al fracaso en curar una neumonía común. Sin la información adecuada, es posible o probable que el paciente o su entorno tengan expectativas desmedidas o no proporcionales en el caso dado. Frente a un resultado adverso pueden considerar que se ha cometido falta o negligencia médica simplemente por no estar debidamente informados de lo que verdaderamente debía esperarse del acto médico en cuestión. El error médico más común que lleva a alegatos de negligencia es la falta de información oportuna de estos aspectos.

De allí se sigue que frente a cualquier evento negativo producido alrededor

de un acto médico es un punto clave determinar si éste es atribuible a los aspectos de naturaleza mencionados, inherentes a éste, o si se ha cometido algún [descuido, falta de cuidado o falta de aplicación]⁴ (definición de “negligencia” de la Real Academia Española). Y, de parecer así, si éste es atribuible al prestador médico, a otros actores involucrados en la atención, al entorno en que ésta se efectuó, ya sea una institución o establecimiento, o a varios o todos ellos.

La complejidad de definir una presunta negligencia se complica más por el hecho de que muchos actos médicos suelen involucrar múltiples acciones diagnósticas y terapéuticas, las que pueden incluso actuar entre sí. A modo de ejemplo, un caso típico es el de las “interacciones de medicamentos”; otro podría ser el de efectuar cierto procedimiento diagnóstico cuyo riesgo aumenta por estar el paciente sometido a determinado tratamiento, etc.

La Medicina, como toda técnica, tiene un estado del arte o, también comúnmente llamada “lex artis”, que está en permanente cambio o evolución. Este cambio se da en la medicina quizás más que en otras disciplinas. Esta lex artis consiste en todo aquello que, al día de hoy, se considera apropiado o necesario a la luz de los actuales conocimientos médicos sobre un área determinada. La medicina es una de las disciplinas en que más importante es el estudio y actualización permanente. El médico que no se actualiza ciertamente es culpable de descuido, falta de cuidado o falta de aplicación en su quehacer profesional, y éste es un elemento a evaluar en el análisis de cualquier resultado adverso.

El análisis de un evento negativo requiere, en suma, no sólo la simple aplicación de una determinada legislación, sino que es indispensable juzgarlo en base a la naturaleza del acto médico, con su implícita posibilidad de eventos adversos o fracaso terapéutico. Este análisis requiere la opinión de una actividad pericial. En los casos más complejos, puede requerirse el concurso de más de un

⁴ Diccionario de la Real Academia Española

perito médico para determinar si se ha cometido descuido o negligencia. Esta opinión experta debe conocer detalladamente y evaluar cada uno de los elementos en el acto médico particular en análisis, a la luz del “estado del arte” o lex artis médica aceptada. ¿El médico hizo lo correcto, de acuerdo a los estándares de la Medicina de hoy? Pero el médico generalmente no actúa solo, ni lo hace en un vacío ideal: debe analizarse también, ¿El entorno en que se hizo el acto médico estaba de acuerdo a aquellos estándares? Problemas estructurales, como la falta de determinados equipos o técnicas diagnósticas (falta no atribuible al médico), por ejemplo, pueden ser determinantes en un caso dado.

Frente a todo esto será el juez quien determinará si se está realmente en presencia de “descuido, falta de cuidado o falta de aplicación”, es decir una negligencia médica, para efecto de los daños causados y su respectiva indemnización de perjuicios.

Vale decir, que dentro del concepto de negligencia médica, en resumen, se podría definir como “el daño producido por el médico al paciente, por el hecho de una acción u omisión, producto de un descuido voluntario al momento de diagnosticar a este, al momento de efectuarle un tratamiento o intervención quirúrgica, dentro del ejercicio de la profesión”.

Cualquier persona, en cualquier momento, está afecta a cometer una negligencia, pero existen determinadas profesiones, generalmente las enfocadas al servicio social y que dependen de la seguridad e integridad del ser humano, que están más expuestas a los actos negligentes.

La medicina, desde sus inicios, se definió como una práctica de una ciencia exacta, donde la confianza que se depositaba al prestador del servicio (ya sea un médico, enfermera, etc.) surgía a partir de expresiones ofrecidas por el profesional de la salud, determinando un resultado positivo. En la actualidad sabemos que la medicina está muy lejos de ser esta ciencia exacta, ya que se trabaja con seres

humanos, donde su equilibrio biológico, psicológico y social siempre es distinto, pudiendo tomar un curso inesperado a lo previsto por el médico. Y si agregamos el entorno cultural, económico y hábitos personales, la sanación se vuelve de manera diferente en cada individuo, pudiendo el resultado ser más complicado dependiendo del caso.

Cabe destacar que existe un gran temor por parte de los médicos a este nuevo auge de demandas por presunta negligencia médica. Durante el año 2003, en Chile, se realizó una encuesta a 111 médicos chilenos de la V región, con el propósito de conocer la opinión de los profesionales de la salud sobre los juicios por mala praxis profesional.

Respecto a esta encuesta, el 90% se consideró personalmente expuesto a una posible demanda, el 70% consideró que esto se debe a los riesgos propios de cada especialidad, el 10,8% había sido demandado anteriormente en alguna ocasión, y el 86,5% piensa que las demandas a médicos en nuestro país han ido en alza, mientras que 74,8% considera a los propios médicos como responsables de este aumento.

Sobre los factores relacionados con este aumento en demandas, se cree que parte de las causas son el deterioro de la relación médico paciente (62%) y acciones de abogados interesados en el tema (50,5%).⁵

En síntesis, cada día en que en nuestro país (y en el mundo) se hace más evidente y común las demandas a médicos; los profesionales de la salud, sabiendo que cada día están más expuestos a dichas demandas, se están asesorando por distintas aseguradoras y fundaciones especialistas, lo que ha ocasionado una desviación del verdadero fondo e importancia: que el paciente (o familiares de este), al sentirse vulnerado en su integridad física o psicológica,

⁵ Biblioteca virtual em saude. <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&eprSearch=405223&indexSearch=ID>>

tenga un medio legal para la reparación del daño. Pero cada día se usa este medio, fundamentando “negligencia médica”, sin tener un conocimiento, realidad en su ejecución, ni un fundamento plausible que justifique la demanda interpuesta, tergiversando el fundamento real de mala praxis.

1.2 Antecedentes históricos

La responsabilidad, en el Derecho Romano, surge en cuerpos legales como la Ley del Talión, que pretendía el desarrollo de una justicia retributiva, donde la pena asignada al victimario no era equivalente al delito, sino que era idéntica a él, además, obedecía a un régimen objetivo. Posteriormente, surge la composición como una sanción distinta, ya que no atacaba a la persona del victimario, sino que a su patrimonio y que consistía en el pago de una indemnización de perjuicios.

En la Ley de las XII Tablas, encontramos una ley mixta; ya que aplica en algunos casos la ley del Talión y en otros la composición. Solo a finales de la Republica aparece la culpa como un requisito para ejercer algunas acciones.

En la Edad Media, época en la cual se considera al Derecho no como la cosa justa, sino que como un conjunto de normas de conducta, el Derecho adquiere un alto grado de moralidad religiosa. En consecuencia, el individuo al responder por la inmoralidad de su acto, responde ante Dios porque ha cometido un pecado. En ésta época, surge el régimen subjetivo de Responsabilidad, que hace referencia a las nociones de culpa y dolo del sujeto.

Por otro lado, el principio a la culpa del médico por negligencia podría haber comenzado con el llamado Juramento de Hipócrates, el cual es un escrito originado en Grecia en el siglo VI antes de Cristo. La atribución al médico Hipócrates (nacido en el año 460 A.C., diez años después que Sócrates y una década antes que Platón) probablemente es legendaria, porque el Juramento parece haber existido antes de él. Pero fue adoptado por la escuela hipocrática y

por ello perdura hasta hoy. Este documento es el primero conocido que establece las bases éticas del ejercicio de la medicina y sus postulados principales tienen plena vigencia actual. Básicamente contiene en sí los “mandamientos bíblicos de la medicina”. El texto, luego de exponer el marco de comportamiento esperado en un médico, concluye con la siguiente invocación: [Si consigo cumplir este juramento y no romperlo, que se me conceda la posibilidad de progresar en mi vida y en mi oficio haciéndome respetar para siempre por todos los hombres. Y si vulnero y rompo el juramento, que me ocurra lo contrario].⁶

Esta es una mención explícita, la primera conocida, de la responsabilidad del quehacer médico y de que el médico puede sufrir un castigo si no se atiene a aquellas normas. Es decir, desde los mismos orígenes de la medicina occidental se ha considerado que el ejercicio de la medicina es inseparable de la responsabilidad por sus actos.

En la actualidad, el creciente número de demandas indemnizatorias por responsabilidad médica, es evidencia de la transformación de los ejes de la responsabilidad civil, desde aquella basada en la culpa a una centrada en los daños y que ha dado lugar al Derecho de Daños, cuyo fundamento es la protección a las víctimas frente a daños producidos por terceros.

En la actualidad el fundamento de la indemnización no está en el acto ilícito, sino en el hecho dañoso, evolución desde una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización.

Las modernas tendencias postulan una re-elaboración del fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud, centrando toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del perjuicio sufrido.

El daño pasa a ser el presupuesto esencial de la responsabilidad, y la culpa

⁶ Juramento de Hipócrates

sólo uno de los criterios para el análisis. En suma, la responsabilidad civil no es una forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento.

La finalidad esencial de este cambio es la protección de la víctima. Se ha ampliado la nómina de daños indemnizables. Por ejemplo, pérdida de una oportunidad, o del daño a la persona o al proyecto de vida, del perjuicio ocasionado por actos discriminatorios, o de la lesión al simple interés, en tanto no sea ilegítimo. De la misma forma, se ha tendido a la supresión de las distinciones entre daños reparables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual. Se tiende a la objetivación de la responsabilidad civil.

También se ha producido un aumento de los factores objetivos de atribución, como el riesgo, que mejora la situación de la víctima de daños, al no requerirle la prueba de la culpabilidad del responsable. Gradual proceso de socialización de los daños, con la difusión de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil como el seguro, la seguridad social, que no desplazan a la responsabilidad civil, sino que coexisten con ella y garantizan a la víctima el cobro del resarcimiento.

Por otro lado, se ha aumentado la posibilidad de reclamar, ensanchándose el campo de los legitimados activos; pero también se amplía el abanico de los legitimados pasivos, preservando así a la víctima, de la posible insolvencia del autor del daño. Se procura aligerar a la víctima de la carga probatoria, sobre todo en materia de acreditación del daño moral y se prioriza la prevención, la que es considerada como un pilar fundamental del moderno derecho de daños.

1.3 Evolución de la doctrina y jurisprudencia chilena en la responsabilidad médica

A partir del siglo XX en nuestro país, la doctrina nacional desarrollo sus primeras opiniones, naciendo la idea de la responsabilidad médica. En esa época este era un tema inédito en nuestro Derecho, pero era ya materia de debate hace más de medio siglo en el derecho internacional, siendo primero la jurisprudencia extranjera en el tema.

Desde entonces hasta nuestros días, la elaboración de opiniones y doctrina relacionada a este tema ha ido en aumento año a año, comenzando con el análisis tanto de la responsabilidad penal como la civil de los médicos, hasta llegar a las consecuencias civiles de las atenciones en salud. Por lo mismo, igual situación ocurre con nuestra jurisprudencia, que vio nacer el auge de demandas por negligencias médica a lo largo de estos años. En los primeros años solo se encontraba fallos sobre la responsabilidad penal, sin discutir las consecuencias civiles del acto médico. Con el pasar del tiempo, fue necesario integrar disposiciones civiles, sobre todo en el tema de las indemnizaciones. Incluso, con el tiempo nació también la responsabilidad administrativa, donde se hacía responder a los establecimientos públicos de salud, considerándolos como sujetos responsables por perjuicios causados, y sobre todo, como centro de imputación patrimonial del daño.

En el derecho comparado, el que procediera la responsabilidad civil fue evolucionando, naciendo primero un rechazo a que pudiese un médico responder civilmente por sus actos, hasta admitir plenamente esta situación. Esta responsabilidad civil en el extranjero fue adoptada exclusivamente en el dolo o culpa grave del profesional de la salud. Pero esta evolución internacional no tuvo incidencia inmediata en nuestro país, tardó bastante nuestro derecho en aceptar que un médico podía ocasionar daños y nacer en el acto médico una responsabilidad por perjuicios, y cuando se admitió, sólo se reconoció una

responsabilidad penal. Las consecuencias civiles en un hecho ilícito de un médico se consideraban imposibles o muy difíciles, y solo era estimada en nuestro derecho cuando el facultativo cometía un daño con carácter penal, siendo el perjuicio civil totalmente descartado. Los primeros fallos en Chile se basaban únicamente en el tema del delito o cuasidelito penal sin entrar a discutir el daño civil.

En el año 1919, surgió un estudio que dispuso que el médico podía contraer responsabilidad civil tanto como la penal, basados en la acción u omisión que podían considerarse culpables, ya siendo por imprudencia, negligencia, descuido o error, por ejemplo en la administración de medicamentos, en las operaciones quirúrgicas, en la emisión de juicios científicos o actividades periciales.

Pero con el tiempo, y la gran influencia del derecho extranjero derivadas de la mala praxis médica, terminaron por convencer a nuestros juristas que no se podía desconocer que por un acto médico mal realizado se podían derivar daños indemnizables, incluso más allá del juicio penal derivado de la actuación. Admitida la opinión que podía surgir responsabilidad civil en las actuaciones médicas, surgió también entre los autores la discusión de precisar la fuente de dicha responsabilidad, es decir, si se clasificaba en responsabilidad contractual o extracontractual.

Pero también con este auge de responsabilidad individual o personal del profesional médico, surgió en la doctrina la idea de la responsabilidad médica sobre las personas jurídicas, ya que el fin era sancionar al sujeto que ocasiono el daño, pudiendo ser este un ente con personalidad jurídica y no solo una persona natural. Como el sistema de responsabilidad se basaba en la culpa del sujeto, esta debía terminarse mediante la imposición de sanciones para prevenir nuevos y futuros daños ilícitos, sin discutir la eventual responsabilidad de las clínicas privadas o establecimientos públicos de salud. En efecto, con el tiempo surgió la responsabilidad de las personas jurídicas, de manera tal que nuestra doctrina y

jurisprudencia empieza a admitir que hospitales públicos y clínicos también podían ser agentes responsables de daños ocasionados a los pacientes, pero esta comprensión del tema hasta el día de hoy es fuente de discusiones doctrinarias.

Ya no se trataba solamente de la responsabilidad del facultativo, sino que se ampliaba la figura a otros profesionales de la salud, incluyendo al Estado por un mal servicio, fundado en la culpa presunta o responsabilidad objetiva de los establecimientos de salud.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, desde fines del siglo XIX era posible encontrar fallos pronunciados por el daño ocasionado por profesionales de la salud, pero todos, como ya se mencionó, desde un punto de vista penal, sin dar lugar a demandas por indemnización civil.

En los primeros años en que nació esta responsabilidad en Chile se sostenía que los médicos eran personas con indubitable capacidad y conocimiento y que rara vez cometían errores, mucho menos negligencias, lo que hacía pensar que era imposible exigirles responsabilidad por los perjuicios causados. Aunque cabe mencionar que hasta el día de hoy existe falta de conocimientos médicos tanto de los ciudadanos como de los jueces que deben resolver los casos, lo que obliga a recurrir a informes periciales, los que influyen en la resolución del caso.

Con el avance científico, después de más de un siglo, la responsabilidad civil por la mala actuación sanitaria ha cambiado enormemente, existiendo un crecimiento en demandas por mala praxis médica.

A comienzos del siglo XX, la jurisprudencia empezó a considerar la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente, partiendo de la base en que existe un contrato, y posteriormente se dedicó a profundizar sobre esta relación acercándolo a distintas figuras que comprendían una relación contractual, por ejemplo el contrato de mandato, arrendamiento de servicios, etc. Hasta llegar al

campo extracontractual, con el fin de proteger lo máximo posible los intereses del paciente. Actualmente la jurisprudencia admite que entre médico y paciente puede darse una responsabilidad aquiliana cuando no se acredite una relación contractual entre ambos, siendo en la actualidad la regla general en la responsabilidad médica.

1.4 Responsabilidad civil y sus fuentes

La responsabilidad es una materia que se encuentra fuertemente ligada a la idea de civilización, pues a mayor grado de desarrollo de una civilización, las relaciones sociales tienden a tornarse más complejas e inestables, aumentando el número de posibilidades de que los miembros de la sociedad puedan ser objeto de alguna especie de daño. Su objetivo principal es procurar la reparación, esto es, restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio.

En el sistema clásico de responsabilidad civil, en la tradición occidental, se define por el resultado, esto es, por el daño causado y las consecuencias que un hecho produce para su autor. Para determinar que el autor se encuentra en la obligación de indemnizar los perjuicios que se han causado, dicho daño causado le debe ser atribuible. Es decir, una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar o indemnizar el daño sufrido por otra.

La regla general en cuanto al criterio de imputación, deriva del principio general del derecho de que todo daño debe ser reparado si ha sido causado injustamente a otro. Producto de lo anterior, el dolo y la culpa son lo que doctrinariamente se conocen como factores de imputación de la responsabilidad, con lo que es posible concluir que nuestro sistema se basa en la culpa subjetiva o probada.

Finalmente, hay que tener presente que una persona es civilmente

responsable cuando está obligada a reparar o indemnizar un daño sufrido por otra. Esta responsabilidad puede provenir del incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, que podría producir perjuicios a la contraparte, el acreedor de la obligación que se ha infringido y esto es denominado responsabilidad contractual. Por otra parte, también podría resultar de la perpetración de un hecho ilícito que provoca daño, ya sea, con intención de la persona, o bien, por descuido o negligencia, es decir, la comisión de un delito o cuasidelito, llamada delictual, aquiliana o extracontractual.

El art. 44 del Código Civil da un concepto de culpa y, en dicho artículo, se mencionan tres tipos. En toda ellas, existe una raíz común que es el descuido, imponiendo un mayor o menor grado de diligencia según el caso. El mismo artículo precisa que cuando el Código Civil se refiere a culpa, sin otra calificación, se refiere a culpa leve, esto es, la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. La culpa civil, en síntesis, consiste en un reproche jurídico basado en un error de conducta, toda vez que se aparta de la conducta jurídicamente debida, en el que no habría incurrido una persona cuidadosa. La conducta debe compararse con un estándar objetivo, el del buen padre de familia u hombre medio razonable, pero a la vez concreto, ya que debe analizarse en el contexto de tiempo, lugar y condiciones en que se materializó el acto. Así las cosas, consideramos que el factor subjetivo o culpa es el eje principal del sistema chileno de responsabilidad civil.

Cada tipo de responsabilidad en el derecho civil nacional contiene determinados elementos, los cuales identifican el tipo de culpa y los efectos legales que ocasiona. En la responsabilidad contractual se basa en la existencia de un vínculo previo, es decir, un contrato que, en el caso del ámbito médico sería el contrato de prestaciones de salud, como también están presentes los daños previstos al tiempo de la celebración del contrato. En el ámbito de la prueba dentro de un procedimiento, una vez probado el incumplimiento la prueba de la diligencia le corresponde al deudor. Este tipo de responsabilidad prescribe en cinco años.

Este vínculo está reconocido en nuestra jurisprudencia. En un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago se menciona que [En el contrato de atención médica el profesional, se obliga a prestar los servicios médicos y el paciente a pagar un determinado precio por ellos].⁷

En el caso de la responsabilidad civil extracontractual los elementos son otros. Este tipo de responsabilidad no exige un vínculo previo entre las partes, se responde por todo daño, inclusive por hecho propio y ajeno. La prueba dentro de un procedimiento judicial le corresponde al paciente y su plazo de prescripción es de cuatro años.

Pero cabe mencionar que en ambos tipos de responsabilidad hay presupuestos comunes los cuales son la culpa, el nexo causal y el daño.

Jorge Santos Ballesteros habla de la responsabilidad civil diciendo que [Es evidente que [...] es requisito indispensable para la consecución de la responsabilidad civil y la consecuente obligación indemnizatoria que de ella surge, la existencia de una relación o vínculo de causalidad entre el daño o detrimento sufrido por una persona, en forma de interés jurídicamente tutelado, y la conducta o el hecho realizado por otra de carácter antijurídico].⁸

Sin embargo, a pesar de constituir una relación de enlace entre el hecho ilícito y el detrimento que causa y que debe repararse, no siempre su configuración jurídica ha obedecido parámetros definidos, a diferencia de lo que ocurre con los otros elementos de la responsabilidad civil, la culpa y el daño.

Ya sea la responsabilidad contractual o extracontractual, la responsabilidad civil médica puede involucrar la responsabilidad por el hecho propio o del deudor directo de la obligación o, en segundo término, por el hecho ajeno. Su aplicación al

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. Moreira con Clínica Las Condes. 31 mayo 2004.

⁸ BALLESTEROS Santos, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. pp. 13.

ámbito médico plantea serios problemas de fronteras. En primer lugar, no siempre resulta fácil determinar si corresponde aplicar el estatuto contractual o cuasidelictual. En segundo término, aplicar estatutos de responsabilidad distintos a situaciones similares crea diferencias injustificadas en el tratamiento de las víctimas. Esta es la razón por la cual cabría reflexionar sobre la posibilidad de establecer un mismo régimen jurídico cuando el incumplimiento de obligaciones profesionales emanadas de un contrato afecta al contratante o a un tercero.

1.5 Elementos de la responsabilidad médica

Existen ciertos elementos que componen todos los actos jurídicos médicos y que son necesarios, para que dichos actos sean considerados como médicos y se pueda exigir que éste responda por los daños y perjuicios causados por la mala práctica, culpa y negligencia. Estos son los elementos personales, es decir, los sujetos, el objeto del acto médico y por último las obligaciones que de el mismo emanan.

1.5.1 Sujetos

Con el elemento subjetivo o sujetos del acto médico nos referimos a quienes intervienen en este acto, es decir, tanto quien presta los servicios como quien los recibe. Los sujetos que intervienen en el acto jurídico médico son principalmente dos: el médico y el paciente, pero eventualmente podrían surgir terceros como sujetos.

El médico es el sujeto pasivo, el que causa el daño, conceptuado en el art. 2316 de nuestro Código Civil. Es el profesional de la medicina, autorizado por las autoridades competentes del país, para realizar actividades propias de la medicina. Quien ejerce esta profesión solo podrá hacerlo dentro de los límites a los que la autoridad lo ha autorizado. Por ejemplo: Un Psiquiatra puede obligarse con un paciente a realizar intervenciones y tratamientos con respecto a su salud

mental, más sería absurdo e ilícito que se obligara a realizar una operación del corazón. El médico puede definirse como [El profesional perito en el conocimiento de la medicina, que brinda un servicio de atención médica, de conformidad al equipo e insumos necesarios que puede contar a la vez con la ayuda del personal técnico a su dirección; a efecto de emitir juicios sobre el estado de salud del paciente, ya sea para atenderlo, prevenirle, curarle o rehabilitarlo de alguna enfermedad que menoscabe su vida y su salud física.

Por otra parte el paciente es cualquier persona que padezca de una enfermedad que menoscabe su vida y su salud física o mental; que de manera fortuita o espontánea, pone a disposición su vida y su salud, en manos de otra persona denominada médico].⁹

Este concepto es un poco restrictivo, ya que no siempre el paciente sufre de una enfermedad que menoscaba su vida o su salud física o mental, tal es el caso de las cirugías estéticas voluntarias en los que el paciente no adolece de ninguna enfermedad, sin embargo va a realizarse una intervención médica y por ende se va a realizar un acto médico, por lo que esta persona también será considerada paciente.

El paciente es el sujeto activo, aquella víctima del daño. No hay duda que este tenga la acción, porque es la persona que la ley intenta proteger. Además del sujeto activo que es la víctima, pueden surgir otros sujetos activos, por ejemplo a los herederos ya que es un derecho transmisible. También pueden intentar la acción los que experimenten un daño a consecuencia del experimentado por la víctima principal, en cuyo caso serían los parientes del paciente.

⁹ ESQUEVEL Zubiri, Jorge Luis. Generalidades de la Responsabilidad Civil Médico Paciente. <http://www.robertexto.com/archivo1/resp_civil_medico.htm>.

1.5.2 Objeto

Los sujetos ejercitan su principio de libertad y voluntad, alrededor de un objeto: la recuperación o conservación de la salud del enfermo, mediante un vínculo jurídico, es decir, actuando bajo el amparo de la ley que genera para una y otra parte obligaciones y derechos recíprocos. Ésta es una obligación de medios, por tanto, el compromiso es utilizar todos los elementos adecuados para la consecución del fin, sin ofrecer ninguna garantía.

El objeto del acto médico está comprendido en dos elementos: la vida y el estado de salud física y mental del paciente. Estos a su vez están ligados al cuerpo del paciente. Es decir que el daño que se puede producir será sobre el mismo cuerpo del paciente, de cuyo bienestar dependen ambos bienes jurídicos.

Primero la vida es el valor supremo de los seres humanos que acredita la existencia de los mismos, se inicia con el nacimiento y termina con la muerte. En segundo lugar el daño a la salud es la situación fisiológica o emocional en que se encuentra cualquier ser humano, derivado de un hecho gradual o repentino, que pone en riesgo la vida del paciente, al grado de dañar, alterar o menoscabar sus sentidos humanos.

1.5.3 El daño

La responsabilidad médica constituye un caso particular de responsabilidad profesional en general, según la cual todo profesional es responsable de sus actos frente a terceros en el ejercicio de la misma. En casos ordinarios, cuando se produce un daño como consecuencia de errores científicos o técnicos que el médico haya podido cometer por ignorancia, imprecisión o inobservancia de las reglas de la *lex artis*, este hecho se califica jurídicamente de negligencia, y si se comprueba la existencia de malicia, surge por sí sólo la cualidad de indemnización.

La palabra daño es un peligro o resultado no deseado y, como siempre, desfavorable. Ya queda por entendido que daño es [Todo menoscabo que experimenta un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial].¹⁰

Como característica, el daño debe ser cierto, es decir, no basta un perjuicio eventual o hipotético, aunque lo anterior no obsta que sea indemnizable el daño futuro; el ejemplo más claro es el lucro cesante.

En cuanto a la indemnización por daño moral en este caso de error médico, como también se puede presentar en otras situaciones, se efectúa en nuestros días por tener gran importancia: es una facultad que tienen los jueces para actuar conforme a la justicia y perseguir la reparación de los perjuicios que se causen y que, de otra manera, quedarían insatisfechos, ya sea invocando la responsabilidad contractual, aquiliana o administrativa del Estado.

1.5.4 La culpa o el dolo

Para que surja la responsabilidad civil es necesario, en primer, que se produzca un evento dañoso, y que sea atribuible a un agente cuya conducta sea calificada de culposa o dolosa; es decir, la responsabilidad del médico se originará cuando a este se le atribuya la culpa o dolo en relación al daño que haya producido.

En este punto se parte del principio de que nunca hay responsabilidad si no hay una acción u omisión culpable o dolosa, pues parte de un concepto moral, es decir, el sujeto pasivo solo tendrá responsabilidad de actos reprochables; por lo que aquellos actos que sean ajenos a su voluntad nunca resultaran sancionables. Esto es, en los casos de fuerza mayor o caso fortuito, legítima defensa (que cumpla con los requisitos de agresión ilegítima, necesidad racional del medio

¹⁰ ORREGO, Juan Andrés. op.cit. pp. 8

empleado para la defensa y falta de provocación suficiente), estado de necesidad con los requisitos del art. 10 N° 7 del Código Penal, y que el hecho haya sido por culpa de la víctima (en este caso debe ser que la culpa de la víctima sea la única razón por la que se provocó el daño), todo esto en el caso de la responsabilidad extracontractual, llamado también “eximentes de responsabilidad”.

Cuando nos referimos a la culpa médica la relacionamos con la ausencia de diligencia, previsión o prevención de una patología en el paciente. El problema se origina al momento de determinar cuándo se produce tal evento, es decir, en que momento el facultativo realizó una conducta sin diligencia profesional, o cuando no llegó a prever las consecuencias futuras. Esto se traduce en la inobservancia de los deberes médicos en concreto (*lex artis ad hoc*, que se explicará más adelante en este trabajo).

Se entiende que la infracción del médico o cirujano de los deberes propios de su profesión, y más aún, el deber de actuar con la diligencia que objetivamente se exige por la naturaleza del acto médico se realiza según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Hay que tener en cuenta que en determinadas circunstancias la responsabilidad médica puede atenuarse, por ejemplo, del profesional que se ve obligado a intervenir a una persona en la calle por ser atropellada por un vehículo y que, para salvarle la vida o disminuir la gravedad de su estado, actúa sin materiales médicos, de personal, o sin ser su especialidad la requerida en ese momento de urgencia. En tal situación resulta evidente que no cabe exigir una total responsabilidad médica en su actuación, ya que al ser circunstancias extraordinarias en las que se vio obligado a actuar por bien del paciente, estarán muy por encima de exigibilidades absurdas, por muy legales que sean estas.

Suele afirmarse que la culpa profesional obedece a algunas reglas particulares: únicamente una culpa lata comprometería la responsabilidad

profesional. Esa afirmación es inexacta, la culpa profesional se aprecia como cualquier otra, por la comparación con un tipo abstracto, que será un médico cuidadoso, un notario cuidadoso, etc.

La necesidad de culpa lata ha encontrado, a pesar de todo, mucha aceptación en el tema de la responsabilidad médica entre los médicos y cirujanos expuestos a acciones de responsabilidad intentadas por sus pacientes, pero son los tribunales los que deben pronunciarse sobre ella para darle validez. Desde el instante en que un juez falla que un médico no actuó cuidadosamente y se podría haber comportado, si se diera el mismo caso, de otro modo que el demandado, podrá ser condenado a una indemnización y reparación por el daño causado.

Obviamente es importante que el juez tenga la certeza de la existencia de esa culpa. Un informe pericial le permitirá, casi siempre, esclarecer su criterio, sin que esté obligado jamás a aceptar las conclusiones del perito. Los tribunales con frecuencia se pronuncian sobre los errores de diagnóstico, algunas negligencias y deficiencias operatorias, aun sin haber habido culpa grosera. Es decir, el hecho de no haber obtenido el consentimiento del paciente para una operación o tratamiento médico y el no informarle de los riesgos que corría con tal operación o tratamiento.

Enrique Paillas explica metódicamente en cuanto a la culpa: [El art. 1547 del Código Civil, refiriéndose a la culpa contractual, indica en qué casos el deudor responde de una u otra. En los contratos se hacen para beneficio recíproco de las partes, como es el de prestación de servicios médicos, el deudor responde normalmente hasta de la culpa leve, pero también puede responder de la levísima si hay una estipulación expresa de las partes. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, el art. 2314 dice que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. Como se observa, esta norma no fija una especie determinada de culpa, pues no se dice si sólo se aplica

la grave o también la leve o la levísima].¹¹

La responsabilidad civil busca la reparación del daño. Abarca una acción u omisión, existiendo una relación de causalidad entre el acto y el resultado de dicha acción u omisión, debiendo existir un perjuicio para el sujeto activo. Pero no es que suponga un perjuicio social, a diferencia de la responsabilidad penal, sino siempre un daño privado que se traduce siempre en una reparación mediante la indemnización de perjuicios, y no un castigo.

Un error de un acto médico puede producir a veces daños irreparables, por ejemplo terminar con la vida de un ser humano, dejarla invalida por el resto de su vida, entre otros daños y dolores.

Actualmente en nuestra sociedad el problema de la responsabilidad civil se efectúa con una gran intensidad. A medida que pasa el tiempo, cada vez se hace más necesario la reparación del daño mediante medios económicos, el cual viene a reparar, valga la redundancia, las consecuencias desagradables que el acto médico puede originar, ya sea voluntariamente o por negligencia inexcusable.

1.5.5 El nexa causal

Para establecer la existencia de la responsabilidad civil médica debe existir una relación de causalidad entre la falta médica y el daño o perjuicio. En algunas situaciones la valoración del nexa causal puede ser complicada si concurren diversas causas en la falta o error médico, por lo que se debe diferenciar cada una de ellas sobre el daño ocasionado.

La relación de causalidad debe darse entre el dolo, culpa y el daño. Juan Andrés Orrego señala que [no basta con la existencia del daño y del dolo o culpa. Se requiere además que entre ambos elementos medie un vínculo de causalidad,

¹¹ PAILLAS, Enrique. Responsabilidad Medica. pp. 30

que el primero sea el resultado del dolo o de la culpa. Es decir, se producirá esta relación de causalidad cuando el dolo o culpa ha sido la causa necesaria del daño, de manera que si no hubiera mediado, el daño no se habría producido. Dos consecuencias importantes fluyen ante la relación de causalidad:

- La responsabilidad no recaerá en el demandado, cuando el daño es imputable a culpa de la víctima. Tal exención puede ser total o parcial. Habrá exención total de responsabilidad, cuando la culpa de la víctima excluya la del demandado; la responsabilidad se atenuara, si la culpa de ambos provocó el daño;
- Si el daño es indirecto, por regla general no es indemnizable. Ahora bien, cuando más se aleja el daño del hecho inicial que lo originó, más difícil resulta establecer una relación de causalidad].¹²

La jurisprudencia y doctrina han centrado su atención en la prueba de la culpa y en ocasiones han obviado el análisis del problema que presenta la prueba del nexo causal. No obstante, en los últimos años con la evolución jurisprudencial en materia de prueba de la culpa ha habido también una flexibilización de la prueba de la relación de causalidad.

En atención a la carga probatoria del art. 1698 del Código Civil, que menciona: [Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta]. Es decir, corresponde al actor probar la existencia del nexo causal en todo hecho constitutivo de responsabilidad civil, ya sea contractual como extracontractual. A su vez, corresponde al demandado la prueba de los hechos extintivos o excluyentes de la pretensión del actor y, en particular, aquellos que desvirtúen la prueba del nexo causal lograda por el actor.

En la culpa extracontractual la culpa de la persona que con su actuar da lugar a un suceso de eventos que provocan el daño en cuestión y, por tanto, este daño debe ser valorado desde un punto de vista social, es decir, a partir de la

¹² ORREGO, Juan Andrés. Op. Cit. pp. 9-10

apreciación que se considera como fuente, origen o causa de ese resultado dañoso.

En general los tribunales de justicia, sea cual fueran sus condiciones teóricas, atienden a una apreciación razonable y empírica, con criterios de sentido común para señalar quien debe ser considerado, para efectos de la obligación de indemnizar, como el causante del daño. Se acepta así la relación de causalidad que conserva la proximidad al caso y se rechaza las causas lejanas o extraordinarias.

Por otro lado, los tribunales también no pueden fallar mediante discusiones filosóficas acerca de la relación causal, y así lo hacen, sin atenerse a concretas doctrinas, sino con puntos a resolver en justicia de los casos litigiosos.

Se pueden sintetizar los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, agrupándolos en:

- a) La relación causal se considera en múltiples casos como base de la culpa del agente
- b) En cuanto a la actuación de terceros, no obsta a la responsabilidad del agente. En los casos en que terceros incidan en el nexo causal no se trata una interrupción de esta, sino de introducir en el tribunal la duda de que el demandado sea efectiva e inequívocamente el causante del daño.
- c) Se debe determinar la causa suficiente o decisiva y la causa principal. Esto es, de variadas causas eficientes hay que determinar como causa decisiva la que por sus circunstancias determina el daño.
- d) También es irrelevante la jerarquía de la causa. La condición del agente no es la única, la última, ni la más inmediata y próxima al evento, siendo suficiente cuando esta es producida como un efecto inmediato de la conducta de otra persona. Y es esta conducta el efecto o consecuencia de la acción u omisión del que puso el primer peldaño en la cadena causal.

En cuanto a la imputación se sostiene que en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño se debe hacer imprescindible la imputación de éste y la obligación de repararlo. Es entonces la causalidad más bien un problema de imputación, es decir, que el daño y perjuicio producido se ocasionan por una acción u omisión imputable a quienes se les exige la indemnización por culpa o negligencia de tal daño o perjuicio.

CAPITULO 2

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION DEL MEDICO

2.1 La responsabilidad medica en sede extracontractual

2.1.1 Antecedentes generales

Aunque la responsabilidad civil médica sea usualmente contractual dado que entre médico y paciente comúnmente existe un vínculo de tal carácter, se reconocen situaciones excepcionales en que el médico, por actos profesionales, estará bajo la exclusiva responsabilidad aquiliana.

Para que exista responsabilidad extracontractual médica es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- a) [Imputabilidad, que parte del supuesto que el causante del daño sea legalmente médico;
- b) Existencia de una falta, esto es, que el hecho se haya ejecutado intencionalmente o con imprudencia o negligencia, es decir, con infracción a la llamada Lex Artis, que es el conjunto de procedimientos, de técnicas y reglas generales de su profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para fines de diagnóstico y a los medios terapéuticos en uso, cuya infracción puede consistir en la impericia, denominada también ignorancia inexcusable e indica insuficiencia de aquellos conocimientos que se suponen en una persona que ha efectuado estudios especiales en el ámbito de la medicina, o bien, falta de practica o experiencia, a pesar de tener los conocimientos necesarios; en la imprudencia, que consiste en no obrar con las debidas precauciones que la ciencia médica haga aconsejables, para evitar riesgos a que pueden llevar los actos profesionales ejecutados sin

mayor reflexión, es decir, en la omisión de las precauciones debidas; o en la negligencia, que se traduce en el incumplimiento de un deber, en una falta de precaución, una omisión de atención y de la diligencia debida;

- c) Daño, debiéndose precisar, al respecto, que no todo menoscabo debe presumirse causado por el hecho médico, lo que se imputa al facultativo es un daño agregado, esto es, una agravación, mantenimiento en la enfermedad, lesiones, muerte; y finalmente,
- d) Relación de causalidad, es decir, que entre el hecho médico y el daño por la víctima, se precisa una relación de causa a efecto; que el daño se haya producido u ocasionado, por el hecho ilícito de esa persona].¹³

Habrá responsabilidad extracontractual cuando el médico con cualquier acto de su profesión, dañe a un tercero con quien no está ligado contractualmente. Existe esta responsabilidad según la jurisprudencia si en el proceso respectivo no se ha acreditado la relación contractual entre el médico y el paciente. Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago señala [Que no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica demandada en el sentido que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, por existir en su concepto, entre ellos, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente].¹⁴

Esto fue debatido respecto del fallo ante la Corte de Apelaciones, en el proceso por cuasidelito de lesiones graves, donde se concluye que si falta el consentimiento del paciente, en este caso para una intervención quirúrgica, la responsabilidad del médico es extracontractual. El proceso es respecto a un paciente que debía ser operado de la cadera derecha, pero por error se le interviene la izquierda sin su previo consentimiento. Advertido de esto por el médico, fue operado inmediatamente, En el fallo se menciona: [Que también es

¹³ Corte Suprema. 1 de octubre de 1998.

¹⁴ Corte de Apelaciones. Oscar con Clínica Las Condes. 28 de enero de 1993.

del caso señalar que aún en la hipótesis de haber existido eventualmente alguna razón médica para operar la cadera izquierda, no podría procederse tampoco a ella sin el consentimiento previo del paciente o de sus familiares [...] Es deber del médico informar al paciente y obtener el consentimiento del paciente antes del tratamiento [...] Que a los efectos de ponderar las argumentaciones de la parte querellante en lo relativo a la fuente jurídica de donde emana la obligación de indemnizarle el daño moral que ha demandado, esto es, si del contrato, del cuasidelito, o de ambos, y para ponderar también por consiguiente las defensas que sobre la materia han formulado los demandados civiles -preferentemente del Fisco de Chile-, deben tenerse presente las siguientes circunstancias: Que con los elementos de prueba ya referidos en este fallo se ha establecido:

- a) que lo que debió operarse era la cadera derecha, y que se operó por descuido la cadera izquierda;
- b) que la artroplastía total de la cadera derecha fue ejecutada por decisión del cirujano responsable, la conveniencia de la cual aprecia este sentenciador como justificada

[...] justificada entonces la inmediata y subsiguiente operación de la cadera derecha, no corresponde en relación a ella analizar la existencia de algún vínculo determinado entre el paciente ofendido por una parte y el Hospital y el equipo médico por la otra, ni tampoco la naturaleza y denominación de esa eventual obligación o vínculo].¹⁵

El fallo se funda en los art. 2314 y siguientes de nuestro Código Civil, relativos a la responsabilidad extracontractual, y termina condenando a los demandados al pago de indemnización de perjuicios por daño moral.

2.1.2 La responsabilidad extracontractual como regla general

En Chile la mayor cantidad de acciones civiles de indemnización de perjuicios por resultado del ejercicio profesional de los médicos buscan hacer

¹⁵ Corte de Apelaciones. Caso Beraud, 28 de marzo de 1995.

efectiva la responsabilidad extracontractual. Aunque la relación médico-paciente sea de carácter contractual y la responsabilidad profesional del médico debiera hacerse efectiva prescriptivamente conforme a los art. 1545 y siguientes del Código Civil chileno, y no según las reglas del título XXXV del Libro IV (que se aplica para la responsabilidad extracontractual), a excepción de las actividades que constituyan un ilícito de índole exclusivamente contractual.

Es decir, el paciente no tiene derecho a elegir un régimen legal a través del cual podría hacer efectiva la responsabilidad civil del médico. Si el daño se produjo por una infracción al contrato médico, la responsabilidad civil se hace efectiva en el aspecto contractual y no en el ámbito extracontractual.

Se discute si un acreedor de una obligación contractual puede optar por la vía extracontractual para hacer valer la responsabilidad civil del deudor, lo que es muy antiguo en nuestro Derecho y se conoce como el problema del “cúmulo” o de “opción” de responsabilidades. Al respecto se dice que la tendencia normal en nuestro país es la responsabilidad aquiliana, por lo mismo, la mayoría de los fallos mantienen la tesis extracontractualista hasta hoy en día.

El cumulo de responsabilidades consiste en determinar si los perjuicios que provienen del daño ocasionado por el no cumplimiento de una obligación contractual o cuasicontractual se podrían también demandar conforme a las reglas de la responsabilidad aquiliana, según lo que más convenga al acreedor, ya que se presentaría tanto un incumplimiento contractual como un hecho doloso o culpable que causa daño. Más que una acumulación de responsabilidades de trataría de una opción, qué es lo más conveniente para el acreedor. La doctrina (particularmente Alessandri) sostiene que debe rechazarse la tesis de la opción, ya que el incumplimiento de una obligación contractual siempre da origen a la responsabilidad contractual. Pero existen dos casos en que la doctrina y la jurisprudencia estarían de acuerdo que el acreedor elija:

- a) Cuando lo han estipulado las partes, basado en el art. 1547 de nuestro Código Civil.
- b) Y cuando al no ejecutar la obligación contractual se constituye un delito o cuasidelito penal, esto basado, según Alessandri, en los art. 470 N° 1 y 491 del Código Penal chileno.

Hay doctrina que basándose en el art. 491 del Código Penal se admite la opción de decidir qué tipo de responsabilidad se aplica cuando la infracción del contrato constituye un delito o cuasidelito civil. Esto se funda en el art. 10 del Código de Procedimiento Civil (antes de la reforma hecha por la ley 18.857) que señala: [De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable; y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado], agregando que [no es otra que la que reglamentan los artículos 2314 y siguientes del Código Civil].

Pero legalmente la comisión de un cuasidelito penal siempre será independiente a la existencia de un cuasidelito civil. El delito penal no determina siempre la presencia de un ilícito civil extracontractual. De hecho para que éste tenga lugar necesariamente deben concurrir los requisitos que le son propios. Si este vínculo existe y el ilícito penal es consecuencia de su infracción, la responsabilidad civil siempre será de carácter contractual. Si no existe ese vínculo previo, el hecho se constituiría como un delito o cuasidelito penal y civil al mismo tiempo, siempre y cuando concurren los requisitos de cada uno, dándose en ese caso que la responsabilidad civil se hará por vía extracontractual.

En Chile existe una tendencia por parte de los demandantes civiles y de la misma jurisprudencia a que en torno a la responsabilidad civil del médico se aplique por vía extracontractual, lo que se consigue admitiendo el cumulo de responsabilidades

Otra situación en discusión acerca de la responsabilidad médica extracontractual es sobre el fallo mencionado en el punto (15), donde el sentenciador de primera instancia señaló que si existe ausencia de consentimiento del paciente, por haberse operado la cadera izquierda y no la derecha, la responsabilidad médica es extracontractual. Pero hay que tener presente que siempre que existe contrato, y en este caso el médico contratado debía operar la cadera derecha e intervino por error la izquierda, simplemente se infringe en forma grave sus obligaciones contractuales al no ejecutarlas de la manera pactada en el contrato, por lo que existe responsabilidad contractual de su parte, mientras que el tribunal en el fallo señala que no había consentimiento del paciente, por lo que la responsabilidad civil es en este caso extracontractual.

2.2 Responsabilidad contractual del profesional médico

El tema de la responsabilidad profesional médica no es, en absoluto, un tema novedoso en el derecho comparado ni tampoco en nuestro país, a pesar de que es un tema discutido en la jurisprudencia y doctrina mucho más reciente que en otros países. Pero, vale destacar, que también en nuestro derecho nacional se ha experimentado múltiples e importantes modificaciones en las últimas décadas.

Para que exista la responsabilidad médica contractual [es preciso que se trate de un contrato válido y, por lo tanto que exista perfecta coincidencia de voluntades, debiendo recaer el consentimiento sobre un objeto lícito y tener causa lícita, que el contrato se haya celebrado entre la víctima del daño y el autor de éste y que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato médico].¹⁶

Ya informado que nuestro Código Civil regula dos importantes responsabilidades civiles, que son la contractual y extracontractual, sujetándolas a

¹⁶ Corte Suprema, 29 de septiembre de 1998

reglas diferentes, calificar la relación médico-paciente en alguna de las dos es relevante para aplicar reglas y normas determinables a esta relación.

En la relación médico-paciente, cuando se asume el carácter contractual, se aplica que si el medico no cumple las obligaciones del contrato médico y causa un daño o perjuicio al paciente, ese incumplimiento se presume culpable. Conviene explicar que es y qué efectos jurídicos tiene el contrato médico que se aplica justamente a esta clasificación de responsabilidad civil.

2.2.1 Contrato de prestación de salud

Como definición clásica el contrato de prestación médica es [aquel en cuya virtud el médico, en su calidad de profesional liberal, presta sus servicios a un enfermo, sea por requerimiento de éste o sus representantes, o de un tercero].¹⁷ Respecto al primer caso el contrato se realiza en forma pura y simple, y en el segundo se crea una relación médico-paciente mediante la estipulación a favor de otro. Pero, como ya se mencionó al dar una definición de paciente, no siempre este es un enfermo, ya que también proceden intervenciones quirúrgicas por cirugía plástica, sin necesidad de existir alguna enfermedad por parte del paciente atendido en el establecimiento de salud.

Sin embargo, este contrato sigue siendo la base fundamental de los regímenes de las obligaciones del profesional sanitario.

En efecto, normalmente entre el profesional médico y el paciente se desarrolla una relación de carácter contractual. Es por ello que la responsabilidad en que incurre el medico en caso de un acto doloso o culposo en las obligaciones que derivan del contrato medico tiene una naturaleza contractual, como también es la responsabilidad que recae sobre él cuando presta servicios en

¹⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile,
<http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro277/277-02.htm>

establecimientos de salud públicos o privados y, también, respecto de los pacientes que demanden al facultativo. En la última situación, la doctrina estima que se realiza en favor del paciente una estipulación en favor de otro, según los términos del art. 1449 de nuestro Código Civil, y que, por ende, la responsabilidad es contractual.

Hay que atender a la naturaleza jurídica del contrato médico. Si entre el médico y el paciente existe una relación contractual, que se denomina “contrato médico”, cabe preguntarse qué tipo de contrato es. Para nuestro ordenamiento jurídico sería un contrato atípico o innominado, es decir, aquellos contratos que no están regulados en nuestro derecho, como también consensual, ya que el consentimiento se manifiesta de manera tácita. Algunos autores lo califican como un contrato de arrendamiento de servicios.

Aunque, si bien nuestro derecho no regula el contrato médico, ni lo califica jurídicamente, de los art. 2118 y 2012 del Código Civil se puede concluir que, según su régimen jurídico, se sujeta a las normas del mandato, y subsidiariamente por las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales que no fuera contrario a las reglas del mandato. Pero, cabe decir, que en el elemento esencial de este contrato al cual más se asemeja es al de arrendamiento de servicios inmateriales.

Cuando el médico atiende un paciente a requerimiento de un tercero se denomina la estipulación a favor de otro, el cual está consagrado en el art. 1499 de nuestro Código Civil. Este tipo de contrato requiere la intervención de tres partes: estipulante, promitente y tercero beneficiario. El estipulante es aquel tercero, generalmente pariente del paciente, que requiere los servicios del médico, pero también podría ser denominado como tal el jefe del equipo médico o el médico tratante que estipula un contrato con sus colegas especialistas, para que estos últimos presten sus servicios en favor del paciente. Incluso, puede ser el estipulante también un establecimiento asistencial, respecto de un profesional que

estipula que éste preste sus servicios al paciente.

El promitente es el médico que presta sus servicios respectivos en virtud de la estipulación y que generalmente, en los hechos, no ha tenido contacto con el paciente. Debe tener capacidad para ser mandatario. Y el beneficiario es aquel paciente que no ha tenido ninguna injerencia en la celebración del contrato, y en cuanto a su capacidad, no es necesario que tenga capacidad para contratar.

Sobre su naturaleza jurídica, la doctrina mayoritaria apoya la postura de la adquisición directa del derecho, es decir, que el derecho que nace de la estipulación se radica en el patrimonio del beneficiario.

La doctrina clásica chilena, es decir, Alessandri y Abeliuk, reconoció la existencia de la estipulación a favor de otro en la materia de responsabilidad médica, dándole un carácter contractual, en la cual la responsabilidad del médico provoca un daño al paciente con el cual no ha contratado en forma directa.

En un fallo de la Corte de Apelaciones, de abril de 1992, se basa en las opiniones de estos tratadistas, sentenciando: [La culpa profesional es aquella en que suelen incurrir determinadamente los profesionales como los médicos, dentistas, abogados, etc., la que puede dividirse en contractual y delictual o cuasidelictual. En el caso de atenciones prestadas a través de organismos públicos o privados, como hospitales, asistencias, etc., la responsabilidad de dicho profesional respecto del que recibe el servicio tiene el carácter de contractual, pues ha existido una estipulación a favor de otro].¹⁸

A través de la estipulación a favor de otro se ha dado un carácter contractual a la responsabilidad personal de los médicos, como también a otros profesionales de la salud que trabajan o prestan servicios dentro de un hospital público o privado y que, dentro de la práctica, no han celebrado ningún contrato

¹⁸ Sentencia citada por: GUAJARDO Carrasco, Baltazar. Aspectos de la responsabilidad civil médica. pp. 49.

con el paciente demandante.

Por lo tanto, se entiende que el contrato entre hospital-médico tratante y el agente causante directo del daño contiene una estipulación a favor de todos los pacientes que ingresan para ser atendidos en el respectivo hospital, de manera que dicha institución hospitalaria o el médico tratante-jefe del equipo médico, como acreedor de los servicios contratados con el respectivo agente sanitario, acepta este crédito, el cual se radica en el patrimonio del paciente una vez que este ya haya aceptado dicha estipulación. Por otra parte, el agente sanitario, siendo la contraparte del contrato de servicios y promitente de la promesa, se obliga directamente con el beneficiario, el cual no conoce ni media entre ambos ningún contrato, pero se obliga a prestar sus servicios en forma segura y a indemnizarle en los casos que cause un daño por un incumplimiento defectuoso de dicha prestación.

Pero hay que tener presente que la estipulación a favor de otro no opera cuando es el Estado el que interviene en la atención de salud, ya que en dichos casos funciona un estatuto jurídico especial, compuesto por reglas constitucionales y de derecho público. Cuando la atención es prestada por el facultativo, a través de los servicios que dependen del Ministerio de Salud, no existe ninguna relación contractual entre paciente y médico, o entre el paciente y el hospital. Por esto, cuando el Estado incurre en cualquier forma de culpa por incumplir con los servicios médicos, causando daño, su responsabilidad es siempre extracontractual, y si dicho establecimiento asistencial incurre en una falta de servicio, se presenta la responsabilidad administrativa.

Según el art. 2118 del Código Civil, el cual señala: [Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato]. Por lo tanto, la obligación del paciente será proveer al mandatario, es decir, el médico, los medios necesarios para la ejecución del

mandato y las reglas específicas del contrato de servicios médicos: informar al médico de todo lo que corresponda, obedecer las instrucciones del facultativo y pagar la remuneración estipulada o usual.

Sobre la obligación de información, si se incumple esto no exime al médico del deber de interrogar adecuadamente al paciente. Aunque siempre dependerá del nivel cultural de dicho paciente, donde el juez será el exigente en verificar el cumplimiento de ésta obligación. La obligación de información es necesaria para que el medico pueda llevar a cabo su tratamiento, que desde el punto de vista de la ciencias biológicas, es un elemento esencial de la relación médico-paciente.

En cuanto al incumplimiento de la segunda obligación, podrá llevar a cabo la disminución de la obligación del facultativo.

Y respecto a la tercera, en nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de mandato es remunerado como elemento de la naturaleza, y esta remuneración puede ser determinada por las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o por el juez, según el art. 2117 del Código Civil.

Las obligaciones del facultativo (en este caso el médico) se encuentran consagradas en los arts. 2131, 1546 y 2134 del Código mencionado. Estas son: El facultativo deberá actuar dentro de las facultades y límites del mandato, de buena fe y, por ende, está obligado no solo a lo que en dicho contrato se expresa, sino también a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, entendiéndose que esto comprende no solo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se realice.

En el caso del contrato médico es también importante el art. 2002, del mismo Código, que señala: [Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán por las dos partes peritos que decidan. Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser

obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios].

Las obligaciones específicas del médico son: un diagnóstico certero, intervenir o tratar con diligencia al paciente y guardar el secreto profesional.

Sobre la obligación de diagnóstico certero, las ciencias biológicas y médicas reconocen tres elementos: la historia clínica, que puede ser actual o remota, el examen físico y el apoyo de laboratorio. Estos tres elementos son copulativos, se requieren los tres para generar un buen diagnóstico.

El médico será responsable cuando en forma culpable y causando daño no proceda a buscar todos los factores necesarios para determinar de la forma más correcta la enfermedad del paciente, cuando no se base en los métodos científicos que existen para determinar cada enfermedad en particular, es decir, debe comprobar que esos procesos de diagnóstico existen, que ellos pueden ser practicados por un médico de inteligencia mediana, utilizando un cuidado ordinario, y que estuvieran a su disposición y no los haya utilizado. Para apreciar si hubo un diagnóstico diligente, el tribunal recurrirá a la opinión de un perito experto a través de un informe pericial.

Pero el simple error de diagnóstico no hace que el médico que lo realizó sea responsable, siempre y cuando haya agotado todas las posibilidades científicas que están a su alcance para determinar la enfermedad que tiene el paciente.

Sin embargo, hay dos casos en que sí es responsable: cuando por su negligencia no busca todos los factores que puedan servirle para el análisis de la enfermedad, y cuando se presenta en su conducta ignorancia en la apreciación de las cosas que necesariamente debe saber y que por sus características no puede confundirlas al momento de hacer el diagnóstico.

El error científico se produce cuando habiéndose utilizado todos los medios de diagnóstico que reconoce la ciencia, se produce un desacierto en cuanto a la calificación por la complejidad del caso. Para la doctrina chilena la regla general es que el error científico no hace responsable al médico.

La obligación de tratamiento, la segunda nombrada, para la ciencia médica es toda acción realizada para recuperar la salud del paciente. Desde un punto de vista jurídico, esta obligación comprende tanto la intervención quirúrgica como el acto de recetar medicamentos, con el fin de eliminar, aliviar o disminuir las consecuencias de la enfermedad que sufre el paciente. El médico será responsable cuando intervenga con culpa o dolo en la actividad terapéutica.

El deber de cuidados, que se comprende dentro de la obligación de tratar diligentemente al paciente, tiene dos aspectos: El primero, un aspecto tácito, “obligación de seguridad”, en que el médico o el establecimiento de salud se hace responsable por la integridad física y psíquica del paciente durante el tratamiento, y que responda por los daños que pudiera sufrir el paciente durante o con motivo de la prestación médica. El segundo aspecto es que el médico debe atender los llamados del paciente, visitarlos si es necesario de forma regular, designar un suplente en caso de su ausencia, etc.; el incumplimiento de este aspecto se conoce en doctrina como “abandono del paciente”.

La tercera obligación, que es la de guardar el secreto profesional, la doctrina moderna señala diversas razones por las que procede este secreto del médico con el paciente, sea por la naturaleza de la enfermedad, por las connotaciones morales del motivo de la atención, o por tratarse de una enfermedad terminal o incurable. El médico tendrá responsabilidad contractual solo cuando el secreto se haya pactado en forma verbal o por escrito, en los demás casos habrá lugar a la responsabilidad extracontractual derivada del cuasidelito civil. Por otra parte, no hay que dejar de lado el error en relación con el incumplimiento culpable.

En primer lugar, el error técnico es un defecto en la aplicación de técnicas, métodos o procedimientos en las distintas etapas de la actuación del médico en la curación de la enfermedad del paciente: de un tratamiento no indicado, o que se haya indicado pero no realizado según la técnica curativa adecuada a dicho caso concreto y a la finalidad que se persigue, omisión del tratamiento correcto, necesario y posible de realizar.

El error o fallo técnico no implica por si solo la existencia de la culpa por parte del médico, sino que es un instrumento para la labor indagatoria del juez. Una vez acreditada la existencia del error técnico se puede conocer la causa de dicho error o fallo y establecer si en esta causa hubo culpabilidad.

En segundo lugar, el error de diagnóstico hace responsable al profesional de la salud que lo emita, siempre y cuando haya usado todos los medios científicos que tenga a su disposición para llegar a determinar el cuadro de la enfermedad de que se trata.

El error que exime de responsabilidad, en materia contractual, es el que ha tenido como causa un descuido levísimo, en cambio la culpa por la que responde el mandatario, es decir, el médico, es la leve.

2.2.2 Responsabilidad de la clínica privada

La jurisprudencia nacional incita a las clínicas la obligación (que vale decir que es de resultado) de proporcionar para el desarrollo de los actos médicos un material en buen estado y productos no viciados. Y también les corresponde un deber de cuidado sobre las instalaciones u otros elementos físicos que se otorgan al público.

Las clínicas privadas responden de las faltas realizadas por el personal auxiliar o de servicio que dependen de ella, la cual tiene una obligación de

vigilancia a los pacientes para evitar accidentes. Esta obligación es más estricta aun en el caso de clínicas psiquiátricas donde los pacientes y enfermos pueden atentar contra su propia integridad física. Es por ello que debe mantenerse por parte de estos establecimientos una vigilancia permanente para velar por su seguridad y de los enfermos.

Estos establecimientos, como todos aquellos que contengan funciones médicas, ofrecen un servicio al público general, los cuales acuden a ellas para una atención eficiente, confiando en sus servicios. Al presentarse allí el paciente se forma una relación jurídica con la atención médica. Si el profesional de la salud es empleado de la clínica y realiza actuaciones deficientes que generen cualquier tipo de responsabilidad civil, obliga también a la clínica, la cual responde por hecho ajeno según los art. 2320 y 2322 del Código Civil, provenientes del art. 1348 del Código Civil Francés.

El primer art. menciona: [Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado [...]] Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido impedir el hecho].

Aunque puede suceder que el médico que trabaja en la clínica celebre un contrato con ésta de arrendamiento del establecimiento, formando una sociedad con otros profesionales de igual especialidad, recibiendo directamente honorarios que pague el paciente. Pero esto no libera a la clínica ya que existe una relación jurídica entre el médico y el establecimiento, el cual debe dar el profesional una serie de prestaciones, por ejemplo, poner a su servicio su personal auxiliar y cumplir las reglas de carácter técnico que ésta imparta.

Si el paciente, eventualmente, no obtuviera un buen cuidado, sino que al contrario, sufriera un perjuicio, se originaría una negligencia del personal directivo del establecimiento privado al no realizar un buen servicio y no velando que dentro

de este todo transcurra eficientemente. Incurriría, por ende, la clínica privada en la responsabilidad general señalado en el art. 2329 inciso 1° del Código Civil. Este art. señala: [Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta].

Puede darse también la situación de que el médico que no ejerce funciones profesionales para el establecimiento privado arriende un pabellón para practicar una cirugía y lleve su equipo médico. En ese caso, de producirse una actuación culposa, habría una responsabilidad también de la clínica, ya que celebró un contrato de arrendamiento con el médico, pero a favor del paciente. Esto es una estipulación a favor de otro que, según el art. 1449 del código citado, crea obligaciones para la clínica privada.

El art. 1449 menciona: [Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podría demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato].

Si hubieren actos perjudiciales hacia al paciente, que se originen por un mal desempeño del personal auxiliar que el establecimiento entrega, la responsabilidad de la clínica sería indudable. Estos establecimientos privados quedan sujetos a responsabilidad civil por faltas de servicio o errores médicos de los profesionales que en ella trabajan.

En la misma forma, las ambulancias que dependan de la clínica, que proporcionan el servicio de trasladar a los enfermos graves a los establecimientos de salud, podrían incurrir en responsabilidad civil si no realizan los actos con debida diligencia, por ejemplo, no llegar oportunamente donde está el enfermo que necesita sus servicios o que las personas que forman parte del equipo de primeros

auxilios de dicha ambulancia no tienen los suficientes conocimientos médicos ni preparación.

2.3 Trabajo médico en equipo y la responsabilidad compartida

Si el médico no tiene recursos suficientes, trabaja en un establecimiento de salud pequeño y ejecuta todo por sí mismo, sin la ayuda de anestesistas profesionales, sin hacer exámenes preoperatorios, siempre responde por su propia falta.

En el derecho moderno se han creado múltiples relaciones jurídicas entre distintos miembros de un equipo de salud, y entre estos con el paciente. Además podría haber responsabilidad de la clínica u hospital, y si este establecimiento de servicio de salud público es del Estado, puede existir responsabilidad de este por el hecho de sus personas subordinadas.

La responsabilidad por el hecho ajeno en vínculos de carácter contractual ha sido, en numerosas ocasiones, reconocida por la doctrina. Puede ser que con frecuencia el deudor no ejecute solo su obligación contractual, puede ser que confíe total o parcialmente de la ejecución de la obligación a quienes actúan a su nombre. En dicho caso, la responsabilidad en que incurre el deudor por un incumplimiento defectuoso será siempre por una responsabilidad por hecho ajeno. No aceptándose esta carga, existiría el peligro de que el deudor se desligara de su obligación contractual confiando la ejecución a otras personas. La jurisprudencia ha aplicado esta responsabilidad por los hechos de los participantes al médico y su equipo de trabajo, como también al empresario o jefe de empresa y sus subordinados.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que esta responsabilidad debe tener los siguientes requisitos:

- a) [Que exista un vínculo de subordinación o dependencia de dos personas;
- b) Que este vínculo sea de derecho privado;
- c) Que ambas personas sean responsables de delito o cuasidelito;
- d) Que el subordinado o dependiente haya cometido un ilícito y
- e) Que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente].¹⁹

En la actualidad es frecuente la realización de actos médicos en equipos compuestos por variados facultativos y auxiliares de la salud, como enfermeras, matronas, arsenaleras, anestesistas, etc. Estos equipos realizan sus actividades bajo la autonomía de un médico jefe del equipo. Cabe hacerse la pregunta de ¿Sobre quienes cae la responsabilidad cuando, producto del trabajo, se ocasiona un daño al paciente? ¿La responsabilidad recae sobre todo el equipo o sobre el medico jefe? Hay que distinguir entre la responsabilidad del médico jefe del equipo y de quienes actúan como auxiliares o dependientes suyos.

En el primer caso existe una responsabilidad indirecta del médico por el hecho de terceros, según el art. 1679, que señala: [En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable]. Aquí si existe un contrato entre médico y el paciente, y según el art. 2320 si no media ese contrato, ambos art. del Código Civil. La solución se da en que la responsabilidad recae en el medico jefe, aun si se trata de personal auxiliar no elegido ni contratado por dicho médico, aunque ese personal no este jurídicamente subordinado al jefe del equipo, a lo menos, en la actuación médica en que el equipo que interviene. Un ejemplo sería una intervención quirúrgica.

En el segundo caso, se expresan dos tendencias para el problema: la primera es que se concentra la responsabilidad en el medico jefe, lo que supone aceptar por parte de los otros médicos colocarse bajo la subordinación de este para la realización del acto médico. La otra tendencia es disociar la responsabilidad, es decir, hacer responsable a cada profesional de la salud que

¹⁹ Corte Suprema, 19 de septiembre de 1998.

forma parte del equipo por sus propias negligencias. Aquí cada médico será civilmente responsable conforme a las reglas de la responsabilidad aquiliana si no existe un contrato médico, y en caso contrario aplicarse la responsabilidad contractual. Esto incluso con respecto a los médicos contratados directamente por el medico jefe, ya que en ese caso, se estima que existe respecto del paciente una estipulación a favor de otro, que se basa en el art. 1449 de nuestro Código Civil.

Sobre el fundamento de esta responsabilidad por hecho ajeno, es una contrapartida al riesgo que el deudor asume cuando ejecuta el contrato por medio de un tercero, existe una especie de representación en la acción.

Por otra parte, también existe la responsabilidad compartida. En forma frecuente se da el hecho de que el enfermo no celebra un contrato con cada uno de los profesionales que lo atenderán. El enfermo se comunica con ellos por medio de su médico tratante, existe un contrato verbal entre el médico y el paciente, el cual acepta las condiciones.

Hay un deber en conjunto de la labor del equipo, en que cada profesional debe desarrollar su propia tarea, sin perder de vista la unidad del grupo que se mueve por un igual fin que es buscar la salud y el restablecimiento del paciente. Por ejemplo un cirujano no puede alegar ni excusarse de responsabilidad que el realice bien la operación, por lo tanto la culpa de algunos de sus colaboradores no le es imputable. Él responde porque la organización general de la respectiva operación está a su cargo. Debe verificar que se hayan realizado todos los exámenes necesarios, mantener una debida colaboración con el resto del personal que lo ayuda para que realicen los actos en la forma correcta que corresponda, y una vez terminada la intervención quirúrgica no puede marcharse de inmediato del quirófano, sino hasta saber previamente el estado del enfermo, tomar medidas respectivas de reanimación si se necesitaren y asegurar que el paciente quede al cuidado de una persona bien calificada para dicho cargo.

CAPITULO 3

EL EJERCICIO DE LA MEDICINA

3.1 Ejercicio legal de la medicina

En muchas ocasiones se escucha hablar de la negligencia del médico al tratar a tal o cual paciente. Lo cierto es que el ejercicio de la medicina implica siempre el riesgo de que el tratamiento no produzca los efectos esperados, que el médico no logre los resultados deseados en la salud del paciente, ya sea en operaciones estéticas o en cualquier rama de la medicina. Sin embargo cuándo podemos considerar que el resultado fallido, la actividad médica, un descuido e incluso la decisión de no actuar del médico lo llevan a tener que responder civilmente por los daños causados al paciente. Si a cada médico se le iniciara un juicio penal por negligencia y un juicio civil por daños cada vez que se le muere un paciente o que no logra un resultado positivo, las demandas contra los médicos se contarían por millones, muchas más de las ya abundantes demandas en la materia. Es importante, entonces, reconocer que no siempre el médico puede impedir la muerte, siendo esto posible nadie moriría por enfermedades en el mundo, ni tampoco podemos pretender que si un tratamiento no logra el efecto esperado o pronosticado, esto implica un descuido o la culpa del médico. Lo importante entonces es definir claramente en que momento la culpa por el daño causada en el ejercicio de la medicina recae en el médico y por ende éste debe responder por la misma.

Jorge Luis Esquivel Zubiri señala que la responsabilidad civil del médico [Es la necesidad que tiene éste de reparar los daños o perjuicios personales (tanto en su salud, como económicamente), que llegaran a producirse durante el diagnostico o tratamiento médico en agravio del paciente, derivadas de un hecho

ilícito o de la creación de un riesgo].²⁰

Un gran cuestionamiento al ejercicio médico es la nueva Ley sobre Otorgamiento y Uso de Licencias Médicas N° 20.585, la cual ha sido materia de discusión dentro del Colegio Médico de Chile, los cuales ven en esta norma un instrumento de sanción que pone en juicio el conocimiento y profesionalismo de los médicos.

La licencia, dice el Decreto Supremo N° 3 del Ministerio de Salud, se puede definir como [el derecho que tiene el trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, en cumplimiento de una indicación profesional, certificada por un médico cirujano, dentista o matrona, reconocida por el empleador y autorizada por un Servicio de Salud o Institución de Salud Previsional (ISAPRE), según corresponda, durante cuya vigencia podrá gozar de subsidio].²¹

La licencia médica, actualmente, es el único documento legal que existe en la normativa para justificar la inasistencia al trabajo, siendo en forma total o parcial, cuando obedece a problemas de salud y siendo un derecho para los pacientes que estrictamente la requieran, permitiendo al trabajador afectado seguir percibiendo su remuneración, siempre y cuando cumpla los requisitos legales.

A partir de mayo de 2012 comenzó a regir la Ley N° 20.585, cuyo objetivo es, basándose en su art. primero, establecer regulaciones que aseguren el otorgamiento, correcto uso de la licencia médica y la adecuada protección al cotizante y beneficiarios de Isapres y del Fondo Nacional de Salud (FONASA), aplicando medidas de control y de fiscalización, de sanciones por conductas fraudulentas, ilegales o abusivas relacionadas con dicho documento.

Esta ley, según la postura del Colegio Médico de Chile, que debiese

²⁰ ESQUIVEL Zubiri, Jorge Luis. Op. Cit.

²¹ Revista Falmed. Sanciones por entregar licencia: Cuestionamiento al ejercicio médico. pp. 12

proteger y resguardar los derechos de los pacientes sobre un bien preciado como la salud y la capacidad para ejercer un oficio o empleo de cada ciudadano, está transgrediendo las facultades profesionales de médicos, poniendo en duda sus habilidades y conocimientos considerando que la mayoría de estos otorgan justificadamente las licencias.

Por otro lado, esta norma genera incertidumbre en pacientes que no saben si su licencia será acogida o no, ya sea en forma total, parcial o nula, y viéndose vulnerados por la enfermedad que tienen, siendo el peor de los casos, sin tener un subsidio monetario, que no pudieron recibir al ser rechazada su licencia médica.

Respecto a la aplicación de esta normativa, el Colegio Médico de Chile ha mostrado sus rechazos, ya que la opinión de este, desde que se presentó el proyecto de ley en el año 2009, es que es una ley totalmente sancionadora a los profesionales de la medicina.

La crítica específica no es hacia el hecho de que se sancione al que cometa fraude, sino respectivamente la figura de otorgar la licencia en ausencia de un fundamento médico, en virtud del cual la Superintendencia de Seguridad Social podría suspender por el tiempo indicado por ley al médico en su facultad de otorgar licencias. Es decir, es una ley sancionadora que otorga facultades propias y exclusivas de los Tribunales hacia una autoridad político administrativa, lo cual es cuestionable desde un punto de vista constitucional.

Que se suspenda o inhabilite emitir una licencia es una sanción penal, ya que limita el derecho de un profesional de ejercer su profesión, siendo igual la sanción de que se inhabilite ejercer profesiones titulares, consagrado en el art. 21 del Código Penal. Las licencias médicas forman parte del acto médico, siendo el reposo parte importante de la terapia otorgada por dicho profesional. El médico no solo tiene el derecho para otorgarla, sino también una obligación de hacerlo cuando corresponda atendiendo a la *lex artis*. Esta norma no establece métodos

de fiscalización eficientes, oportunos y transparentes, sólo se limita a establecer sanciones. El rol fiscalizador debería estar orientado a prevenir el uso indebido de licencias, y reservarse en los tribunales de justicia la aplicación de las sanciones en casos de infracción a la ley.

Dar licencias médicas no tiene que ver sólo con el establecimiento de tiempo de reposo para el paciente por patologías, sino que es una persona que tiene una dolencia, en un entorno y actividad específica en la cual es necesario un periodo de licencia; eso es parte del ejercicio de la profesión médica. El establecer una ley específica para el control del ejercicio de la profesión, transforma en un delito un acto propio del ejercicio de la medicina. Es decir, se está poniendo en duda la capacidad profesional del médico.

3.1.1 La Lex Artis

En toda prestación médica, tanto en la etapa de diagnóstico como de tratamiento, siempre se encuentran cuatro elementos presentes e íntimamente relacionados: nivel de satisfacción del usuario, riesgos calculados, relación médico-paciente, y los mecanismos de control de la actividad clínica que la institución de prestaciones de servicios de salud tiene, desde el control de los pares hasta el uso de guías clínicas. El desarrollo y control de estos cuatro elementos es fundamental para tener un producto sanitario de calidad y que los médicos sean capaces de encontrar, controlar y corregir errores en la prestación de servicios médicos.

Uno de los factores mencionados es el que toda actividad sanitaria se encuentra sometida a un riesgo calculado tanto en el diagnóstico como en el tratamiento y esto nace de que en medicina los médicos trabajen y decidan en gran parte de las veces con cierta incertidumbre.

La incertidumbre médica está dada, no solo por las limitaciones en sus

conocimientos etiológicos, que significa “causa u origen de un fenómeno”. Un ejemplo como fenómeno médico sería la fiebre, la que puede tener como origen una etiología infecciosa o etiología inflamatoria (fiebre por infecciones, tumores cancerígenos, por artritis, etc.). Sino que también en cuanto a conocimientos patogénicos, concepto puramente médico que proviene del griego derivado en “Pathos”, lo cual significa enfermedad, y “Genia” que significa origen, es decir, patogenia es el origen o mecanismo de una enfermedad, por ejemplo patogenia de la fiebre por amigdalitis, de la tos en bronquitis, etc.

También se le agrega a esta incertidumbre su evolución y la respuesta de cada individuo. La investigación clínica ha sido una herramienta fundamental para reducir las incertidumbres de la propia medicina. Para su actuar clínico, el medico se maneja en torno a promedios y porcentajes, lo que en ocasiones no hay certeza cuando se ve enfrentado a un caso individual. El riesgo es innato a las intervenciones médicas, tanto diagnósticas, como terapéuticas. El riesgo es la sumatoria de circunstancias o factores que algunos son predecibles y otros no, algunos son prevenibles y otros no, y algunos son más importantes que otros.

El estudio de los riesgos nos dan las relaciones que nos permiten disminuir la variabilidad y acercarnos a la certeza, para ello, lo más efectivo actualmente son los reportes basados en la evidencia científica. Se sabe que algunos grupos de población padecen con mayor frecuencia que otros un problema de salud determinado. Cuando a la presencia de una característica o factor se asocia el aumento de probabilidad de padecer el resultado adverso, a este factor se denomina riesgo, siendo el riesgo la probabilidad de que este resultado adverso suceda. Este interés deriva en parte en el dogma de que “la enfermedad no se presenta al azar”, esto significa que no todos tienen la misma probabilidad de las mismas enfermedades.

El gestor de riesgos es el que debe tener claro todos los factores que intervienen en el aumento de las posibilidades que el riesgo aumente por lo que se

debe determinar: Los sucesos adversos pueden ser predecibles identificando factores que definen las prácticas clínicas de mayor riesgo. Los médicos deben utilizar el método adecuado para que, cuando actúen sobre estas prácticas, disminuyan la probabilidad de resultados adversos. Debe relacionarse el riesgo con la producción de resultados adversos para su correcta identificación y aplicación de medidas. [Se dispondrán de recursos suficientes así como capacidad de intervención. Los recursos se diferenciarán en intensidad (enfoque administrativo) y especificidad (enfoque clínico del problema) de forma que puede establecerse una relación entre niveles de riesgo y niveles de intervención requeridos].²²

Un sistema de movilización es vital para conseguir una acción rápida: medir la evolución de los problemas y la eficacia de las intervenciones.

3.1.2 Mala praxis médico-legal

La mala praxis se puede definir [La aplicación dañina, imprudente, sin los necesarios cuidados; u omisiones culposas, de contenidos teóricos que debe poseer un técnico o profesional, habilitado en la materia de que se trate, que ejerce esas prácticas en forma regular, y que se ha obligado contractualmente, con otra persona, en general a cambio de una remuneración, a prestar sus servicios de manera diligente].²³ Este vocablo de origen griego se ha identificado vulgarmente con lo que entendemos por negligencia.

La responsabilidad profesional forma parte de la responsabilidad civil. Puede existir mala praxis sin haber responsabilidad profesional, ya que lo que se incluye en esta última es la presencia de daño, sin este daño no existe la responsabilidad del médico aunque este haya actuado con negligencia. En nuestro país, como se dijo anteriormente, existen dos tipos de daño: patrimonial y moral. El daño moral está aumentando día a día en los juicios por negligencia médica

²² ALTAMIRANO Cabello, Carlos. Revista Regional Santiago. Colegio médico de Chile A.G. pp. 3

²³ La guía de Derecho. <<http://derecho.laguia2000.com/parte-general/mala-praxis>>.

para exigir dicha indemnización, y ya se observan muchos fallos sobre daño moral.

Junto al daño debe existir un hecho que lo genere, es decir, en la praxis médica debe haber, por ejemplo, un diagnóstico, una cirugía, un tratamiento, la cual genere una relación de causalidad, y un factor en que se le atribuya al médico la culpa. El paciente en un juicio por negligencia deberá demostrar su existencia o la imprudencia del profesional, y en esta última se deberá aportar la prueba de documentación médica, realizada por un perito profesional, lo cual se explicará más adelante.

Actualmente los juicios por negligencia médica son un verdadero negocio para los abogados que se dedican a este rubro, y esto se explica por grandes cambios sociales, como el aumento de la expectativa del paciente en su atención de salud, un deterioro de la relación médico-paciente (con una deshumanización de la medicina), un déficit en la comunicación entre dichos profesionales de la salud, un mayor acceso a la información médica que facilita los litigios, una mayor toma de conciencia en la reparación del daño, la existencia de nuevas tecnologías y medicamentos, un gran incremento de fallos a favor del paciente que sufrió el perjuicio, entre variadas razones.

Esto, obviamente, está afectando el sistema y la atención de salud, tanto en el área privada como la pública. No existe actualmente una diferencia en la tecnología, atención, y complejidad de un establecimiento de salud en el porcentaje de demandas

Actualmente en nuestra sociedad existe una gran preocupación por los temas inherentes a la responsabilidad del médico, que deriva de un fuerte crecimiento de demandas por una supuesta mala praxis. Esto también está ocurriendo en otros países, dándose, por ejemplo, en Estados Unidos un desarrollo de hace bastantes décadas, lo que fue aportándose por la doctrina y jurisprudencia nacional.

Este incremento de reclamos que, como se mencionó, se observa hace bastante tiempo en Norteamérica, como también en el resto del continente americano y europeo, se debe a un origen que nace debido a una gran deshumanización en la relación médico-paciente y a una gran disminución del temor y respeto frente a ejercer acciones judiciales contra médicos, que ya no son vistos como un status quo, y han pasado a ser objeto de exigencias sociales.

La práctica de la medicina por parte de los profesionales de salud, al ser una actividad humana, se ve expuesta a resultados adversos, con una mayor o menor gravedad en sus consecuencias. Desde hace años se ha tratado de disminuir dichos resultados negativos en el ejercicio de la profesión médica aplicando medidas judiciales y estableciéndose responsabilidades para el facultativo, cuando sus consecuencias sobrepasan el riesgo del ejercicio aplicando las normas de la Lex Artis en la actuación médica.

Aun que si bien, existe una evidente confusión tanto en las normas nacionales como en lo que se entiende por el ejercicio médico sobre los términos de mala praxis, negligencia médica, imprudencia, error o impericia, y todos estos conceptos con moderada frecuencia se usan en la jurisprudencia chilena de manera diferente. De esto deriva, sin ninguna duda, una responsabilidad tanto civil como penal, donde el médico debe saber en su contexto lo que puede afectar el ejercicio de su profesión.

Hay que tener presente que en determinadas circunstancias el médico podría ser acusado de actuar con mala praxis o negligencia, cuando realmente su actuación ha sido correcta en términos del acto médico, y donde el problema se ha suscitado por causas ajenas a sus actos. Con respecto a ese punto, en el campo de la asistencia médica debe ser preciso distinguir tres niveles de responsabilidad: la responsabilidad político-administrativa, responsabilidad institucional y la responsabilidad respectiva del médico, que se explicaran más adelante.

Como ya se mencionó, en estos últimos años en nuestro país se ha

aumentado considerablemente el error en la realización de la atención médica. Durante el siglo XX la relación médico-paciente estuvo en riesgo en variables ambientales y culturas, debido a reclamos por mala praxis y acusaciones judiciales por negligencias médicas. En la Revista Médica de Chile, durante el año 2001, se señaló: [Ello ha tenido deplorables consecuencias, no sólo para preservar esa relación tan indispensable para la satisfacción de los cuidados personales, sino para el prestigio de la profesión y la consecución de los objetivos sanitarios que se multiplican en una atmósfera de confianza y se resienten severamente cuando hay frustración en los destinatarios de los actos de salud o reticencias en los proveedores. La incorporación de políticas de control y mejoramiento de la calidad de los servicios, actitud gerencial adoptada por todo tipo de empresas, también desde el pasado siglo, ha sido incorporada a los sistemas de atención médica y ha permitido discriminar efectivamente entre dos grupos de actos o sus consecuencias, con perjuicio del destinatario: aquellos derivados de una improcedente decisión o ejecución, imputables a quien efectuó la intervención, de aquellos otros producidos por problemas atribuibles o propios de las características del sistema que se utiliza para alcanzar los objetivos buscado. No puede escapársenos la importancia de esta diferenciación, no sólo por las distintas responsabilidades que se pueden determinar, sino que por las medidas correctivas a estos problemas que promueven alternativas de muy dispar implementación].²⁴

En las prestaciones de salud, la introducción del nuevo concepto de mala praxis en medicina ha significado un aporte esencial para reconocer y manejar dichas situaciones que, como ya hemos señalado, afectan considerablemente los resultados de la actuación médica, los cuales son, en muchos casos, corregibles. Un conocido aforismo que se invoca para estas situaciones (“errar es humano”), se supone que trata de aminorar las consecuencias del acto médico que ocasionan negligencia, ignorancia o imprudencia en el ejercicio de medicina, pero esto es negativo, ya que lo que sucede es una obtención de un resultado distinto al que se busca por el profesional; no es que sea su responsabilidad, sino que

²⁴ Errores en medicina. Revista médica de Chile. Diciembre 2001.
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872001001200013>

circunstancias ajenas a su dominio, ya sea, por ejemplo, en una actuación negligente.

3.2 La obligación médica

En el Código Civil chileno las obligaciones de medios y de resultado no están reguladas, pero si en el Código Civil francés en los arts. 1137 y 1147. La primera de estas disposiciones dice: [La obligación de velar por la conservación de la cosa, sea que la convención tenga por objeto sólo la utilidad de una de las partes, sea que tenga por objeto la utilidad de ambas, impone al que tiene esa obligación el deber de aportar los cuidados de un buen padre de familia].

Por otra parte el art. 1147 expresa: “El deudor será obligado, si ha lugar, al pago de perjuicios e intereses, sea en razón de la inejecución de la obligación, sea en razón del retardo en su cumplimiento, siempre que no justifique que la inejecución proviene de una causa extraña que no le es imputable, aunque no haya mala fe de su parte”.

La primera norma impone al deudor “los cuidados de un buen padre de familia”, en tanto que el Art 1147 le exige un cumplimiento riguroso, ya que lo obliga a indemnizar los perjuicios aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la inejecución provino de una causa extraña que no le es imputable.

Se verifica que en el primer art. se ve una obligación de medios y en el segundo una obligación de resultados.

[Esta distinción fue planteada por René Demogue. No todo deudor se obliga a lo mismo. En algunos casos, el obligado se compromete a desplegar todas las conductas que razonablemente pueden exigírsele a cualquiera que esté en su situación, pero sin que pueda asegurar un determinado resultado. Tal ocurre con un médico que asume la responsabilidad y efectuar una intervención quirúrgica o

un abogado que asume la representación de su cliente en un litigio. Entonces, nos encontramos ante obligaciones de medios [...] En cambio, las obligaciones de resultado supone que el obligado debe cumplir efectivamente con la prestación convenida. Así, por ejemplo, el arquitecto que se obliga a construir una casa y entregarla llave en mano en cierto plazo, o el transportista que se obliga a trasladar ciertas mercaderías a determinado lugar].²⁵

3.2.1 Obligación de medios

Se definen como “Aquellas en que el deudor asume el deber de observar una conducta diligente para alcanzar el resultado deseado por las partes, entendiéndose cumplida la obligación observando por parte del deudor un comportamiento prudente y diligente no importando si se alcanza o no el resultado deseado”

Es fundamental que el deudor se comporte de manera diligente, prudente, es decir, que los medios que emplea sean los adecuados para alcanzar el fin. El cumplimiento de esta obligación es muy subjetivo, no existen parámetros concretos para saber si los medios empleados fueron los mejores o no.

Cuando se presenta esta obligación, la culpa se desarrolla en no emplear los medios necesarios y suficientes, es decir, no haber sido diligente, prudente o hábil, o no tomar las precauciones necesarias para evitar el daño, por ejemplo, un enfermo mal cuidado o una defensa judicial mal realizada. A quien sufre el perjuicio le corresponde probar la negligencia por parte del deudor, y en cuanto al juez, deberá apreciar la culpa in abstracto, pero de una manera individualizada, asemejándola con la culpa delictual.

[El médico no puede prometer habitualmente la curación que desea el enfermo: ese resultado no depende de él solo sino muy poco. Las mismas partes

²⁵ ORREGO, Juan Andrés. Teoría General de las Obligaciones. pp.8

no tendrán entonces la idea de decir que aquel se compromete a curar. Por otra parte, técnicamente no cabe tampoco admitirlo. Como resultado normal que una adecuada diligencia no conduzca al resultado apetecido, no cabe tampoco, en efecto, identificar las dos nociones, o al menos considerarlas , en algún modo, como intercambiables: hay que retornar a la realidad de las cosas y resignarse a hacer de la diligencia, en sí misma, el objeto de la obligación. El médico no se compromete a curar, sino a prestar los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados adquiridos por la ciencia.

Se obliga aquél a emplear los medios que estén en su poder para alcanzar un resultado que permanece exterior al contrato. El objeto de la obligación es diferente, porque los cuidados médicos son medios para obtener una salud mejor, mientras que el objeto habitual de la obligación es el resultado deseado por el acreedor. No obstante, y aunque el contrato obliga siempre a alguna diligencia, nos parece más claro oponer a las obligaciones de resultado las obligaciones de pura diligencia].²⁶

3.2.2 Obligación de resultado

Se define como “Aquellas en que el deudor se compromete a obtener la prestación deseada por el acreedor de manera que si ese fin no se realiza el deudor incurre en incumplimiento”.

Lo importante es el resultado, no como se alcanzó y deben ser medios lícitos, aunque al acreedor eso no le importa mucho. Se valora el fin, si este no se alcanza no se cumplió la obligación. No se valoran los medios, si no se cumple por fuerza mayor o caso fortuito no hay incumplimiento.

En este tipo de obligación la culpa consiste en no llega al fin prometido, ya sea por ejemplo, que la cosa no fue entregada o no se transportó la mercadería.

²⁶ PAILLAS, Enrique. Op. Cit. pp. 19.

No es necesario para el acreedor probar la culpa, sino que solo basta que esta esté demostrada, es decir, que no se haya obtenido el resultado esperado, por ello se presume.

El deudor, para exonerarse de la responsabilidad, no le basta probar que se comportó de modo diligente, ya que la prueba de una actitud irreprochable será inoperante, ya que se obligó a mucho más que eso, que es la promesa de un resultado prudente. La única forma en que podría exonerarse de la obligación sería demostrar que se presentó fuerza mayor o caso fortuito o un hecho justificativo.

3.3 Actividad pericial médica

La prueba pericial médica se puede definir como [una declaración de conocimiento a la que llega el perito sobre los hechos que han sido motivo del proceso, o de las investigaciones realizadas, sobre la base de principios de la ciencia médica].²⁷ Esta se realiza en un procedimiento judicial ante el juez o el tribunal, regulada por leyes procesales, y sirve para asesorar la administración de justicia, precisando conocimientos científicos médicos, procesales y médico-legales.

En el ámbito civil, las partes demandante y demandado proponen la prueba pericial, sin que esta sea obligatoria como también la aceptación del cargo. La valoración libre de esta prueba pericial la realiza el juez o el tribunal que se encarga de dictar la sentencia, lo que queda reflejado en las leyes procesales y en la variada jurisprudencia existente.

La prueba fundamental en los procedimientos judiciales por negligencia médica es el pericial médico forense, sin que esto determine el resultado del fallo.

²⁷ MEDALLO Muñoz, Jordi, PUJOL Robinat, Amadeo, ARIMANY Manso, Josep. Aspectos médicos-legales de la responsabilidad profesional médica. Instituto de Medicina Legal de Catalunya. pp. 154

El perito debe concretar sus conclusiones, por ejemplo, en la existencia del error o mala praxis médica, presencia del daño o perjuicio (donde se evalúa el tipo de perjuicio inicial y sus secuelas y, en caso de muerte, establecer el mecanismo lesivo y la causa del fallecimiento), la valoración del nexo causal entre el error y perjuicio, evaluar el tratamiento realizado para asistir el daño inicial, y la evaluación de las secuelas y plazos legales (ingreso hospitalario, de sanidad o estabilización lesional).

Hay que considerar que se debe poseer un conocimiento amplio en la materia objeto del peritaje, como también el conocimiento médico-legal necesario en todo perito, ya que ser un buen especialista no es lo mismo que ser un buen perito.

La actividad pericial medica forma parte del ejercicio profesional de la medicina y, por ello, se sujeta a las normas y principios éticos que se les aplica a los médicos, aunque, a pesar de ello, en nuestro país se aprecia un escaso interés por los problemas éticos de dicha actividad. Es, precisamente, el valor ético del perito la forma de garantizar de la mejor manera su actuación pericial, evitando errores o vulneraciones de las actuaciones que se alejen de las reglas de calidad que se exigen dentro de la medicina moderna.

CAPITULO 4

DERECHOS Y DEBERES DE LA RELACION MEDICO-PACIENTE

4.1 Derechos y deberes del paciente

El día 24 de abril del año 2012 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que poseen las personas en relación a las acciones realizadas en su atención en salud, la cual entró en vigencia el 1° de noviembre del mismo año.

Esta ley cierra el proceso a la reforma de la salud en nuestro país, que comenzó hace varios años, y donde sus disposiciones contienen obligaciones tanto para el sector público como privado, como también a los establecimientos de salud institucionales y a consultas privadas de los médicos. Dicha normativa contiene una numerosa cantidad de derechos que pueden ser exigidos por los particulares a los profesionales de la salud. Tuvieron que pasar 11 años en los cuales esta ley fue tramitada en el Congreso, donde finalmente fue aprobada fortaleciendo y dignificando al paciente que necesita ser informado de su enfermedad.

Gracias a esta nueva norma, el paciente obtiene un rol más activo en las decisiones relativas a su estado de salud, pasando de ser un paciente a un sujeto con derechos y deberes y donde se le reconoce su autonomía de voluntad para aceptar o negarse a un respectivo tratamiento, como también el derecho y deber de la información. Es en este último punto donde es importante que la ley otorga al paciente el derecho a una información clara y oportuna sobre su enfermedad y tratamiento, los valores económicos de las prestaciones de salud e informes

médicos de los procedimientos que se aplican a su atención de salud u hospitalización, pero hay que destacar que también se le exigen múltiples deberes que, en este caso, sería el deber de informarse por parte del médico para poder exigir mejor sus derechos en casos de una eventual negligencia.

Esta nueva normativa positiviza en nuestro ordenamiento jurídico la autonomía de la voluntad para el paciente, como elemento importante para las actuaciones médicas en la atención de salud. El espíritu de esta ley es inherente en darle importancia a la autonomía de la voluntad en un rango normativo y legal. En efecto, al paciente se le da por reconocido en forma legal la potestad de su tratamiento, salvo en los casos que esta misma norma establece.

Esta ley les permitiría a los profesionales enfrentar la relación médico-paciente de una mejor manera, ya que pueden exigir mayor tiempo de atención a los enfermos, así como recursos y medios técnicos. De este modo, aquello que a primera vista aparece como una amenaza puede volverse una oportunidad concreta para construir una nueva alianza, ya que al interés mutuo de médicos y pacientes es que cada persona pueda disponer del tiempo y las condiciones materiales que requiera su particular atención de salud, derecho que hoy está amparado por la norma.

Es por ello que se consagran en nuestro país principios en el sector de la atención de salud, como la dignidad a la persona del paciente, su autonomía en su atención de salud, el derecho a informarse (como también el deber), el respeto a menores de edad, la autonomía del paciente frente a la investigación científica y de personas con discapacidad psíquica o intelectual, confidencialidad de su información de salud, reconocer el derecho a la participación ciudadana en salud y las normas para la tutela ética de los establecimientos de salud. Es decir, viene a dar rango legal a una serie de derechos que son habituales en todos los centros de salud ya sea por tener su origen en normas éticas o deontológicas.

Cabe destacar que [la deontología médica es el conjunto de principios y reglas éticas que deben inspirar y guiar la conducta profesional del médico. Los deberes que se imponen obligan a todos los médicos en el ejercicio de su profesión independientemente de la modalidad]²⁸, o se desprenden de guías clínicas dictadas por el MINSAL (Ministerio de Salud) y que se encontraban vigentes antes de la ley.

El gremio médico está preocupado por las implicancias que se derivaran de la aplicación práctica de dicha ley en los centros de salud. Esta ley también conlleva para los facultativos obligaciones en cuanto a la forma de como entregará la información a los pacientes, lo que implica la existencia de lugares adecuados para este fin que en la actualidad son escasos, así como la necesaria difusión y conocimiento de los deberes y derechos dentro del personal que se desempeña en este sector.

Además de oportunidades y desafíos, la nueva ley contempla varias incertidumbres y lagunas legales. Una de las incógnitas es cómo será el procedimiento de reclamos por incumplimiento de estos derechos, ya que el reglamento que lo regulará aún no se ha dictado. Aun no podemos saber cuál será el criterio jurisprudencial de estos derechos.

Otra incertidumbre es si los hospitales dispondrán de las condiciones mínimas para cumplir con lo dispuesto en la ley para otorgar al paciente el máximo de facilidades para que pueda ser visitado por sus parientes.

A nivel institucional, es incierto también como se resolverá la entrega de toda la información sobre aranceles, ya que actualmente no están paquetizados por procedimiento, sino que dependen de la evolución, complicaciones, etc. de cada paciente en forma individual. Como también otra situación es la relacionada con la pertinencia cultural de la atención médica, que establece el reconocimiento,

²⁸ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España. < <https://www.cgcom.es/deontologia> >

protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios.

Si bien la nueva ley conlleva desafíos e incertidumbres, lo principal es que otorga la oportunidad de revalorizar la relación médico-paciente, donde prime el respeto, la comunicación y la humanización de la medicina. Tanto los profesionales como los enfermos buscan el mismo fin, la salud. Ahora cuentan con una nueva ley que los respalda en sus requerimientos de tiempo, espacios dignos y recursos para una atención de calidad, humana y cercana.

En cuanto a los derechos de los pacientes, la ley menciona:

1. [Información clara y oportuna respecto a todo lo concerniente a su enfermedad.
2. Una atención oportuna y/o dentro de los plazos establecidos.
3. Seguridad y protección al interior de los centros de salud. Personal médico debidamente identificado.
4. Trato digno, recibiendo una atención respetuosa y amable.
5. Compañía y asistencia espiritual.
6. Recibir un informe médico que contenga todos los procedimientos aplicados durante su atención de salud o periodo de hospitalización. Incluye el diagnóstico, quien lo atendió, exámenes realizados, qué medicamentos se le suministró, el tiempo que permaneció internado en el hospital o clínica.
7. Un completo informe financiero, con plazos y cargos, que incluya los precios de las prestaciones que recibió referente a su tratamiento.
8. Resguardo de su ficha clínica y sus datos médicos frente a terceros.
9. Aceptar o rechazar un tratamiento, cirugía o cualquier otro procedimiento médico.
10. Aceptar o rechazar ser parte de una investigación científica (autorización sólo por escrito).
11. Respeto e inclusión de la interculturalidad y los pueblos originarios.
12. Puede inscribir el nacimiento de su hijo en el lugar donde vive y no sólo donde ocurrió el parto, para potenciar localidades pequeñas o aisladas del país.

Los deberes de los pacientes que señala la ley son:

1. Entregar información veraz acerca de su identidad, dirección y enfermedad.
2. Cuidar las instalaciones y equipamiento del recinto de salud.
3. Tratar respetuosamente al personal de salud.
4. Respetar el reglamento interno del establecimiento.
5. Informarse acerca de los horarios de funcionamiento, de las modalidades de atención y formas de pago.
6. Informarse acerca de los procedimientos de reclamos y consultas establecidas].²⁹

4.2 Casos sobre responsabilidad médica en el derecho chileno actual

4.2.1 Se recurre al Tribunal Constitucional sobre inconstitucionalidad de la ley sobre licencias médicas

En una sesión del Consejo Regional de Santiago el 17 de mayo de 2012, se acordó la contratación de un estudio jurídico experto en materias constitucionales, para que recurra al tribunal constitucional y solicite su pronunciamiento respecto de la Ley de Otorgamiento de Licencias Médicas.

Dicha normativa fue publicada en el Diario Oficial el 11 de mayo de 2012, misma fecha de entrada en vigencia, la que busca asegurar el otorgamiento de la licencia médica a través de sanciones impuestas por la Superintendencia de Seguridad Social a quienes hagan uso indebido de ella.

El Regional Santiago y el Colegio Médico han manifestado, desde que se envió este proyecto al congreso para su discusión, su rechazo debido a que la licencia médica forma parte del acto médico el cual considera como parte

²⁹ Ley de derechos y deberes de los pacientes: La oportunidad para construir una nueva alianza. Revista Falmed. pp. 3

fundamental de la terapia el reposo del paciente. Se ha planteado que el médico no solo tiene la facultad de otorgar las licencias, sino que además tiene la obligación de hacerlo cuando la Lex Artis lo aconseje. Además dicha licencia es un derecho que tienen los trabajadores y que se financia con el 7% de las cotizaciones de salud.

La suspensión o inhabilitación para emitir licencias médicas es una sanción penal, contemplada en el Art. 21 del Código Penal.

La ley dice que las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez, Compín, podrá solicitar a los profesionales que emitan licencias médicas entregar antecedentes o informes complementarios que las respalden, y en casos excepcionales y justificados se les podrá incluso citar a una entrevista para aclarar las razones por las cuales las otorgaron. Si los profesionales se niegan a entregar estos antecedentes o asistir a las citaciones, pueden ser multados hasta con 10 UTM, la suspensión de la venta de formularios de licencias médicas y la facultad de emitir las por 15 días.

4.2.2 Fallo de la Corte Suprema reconoce deficiencias laborales en el ejercicio médico

Una de las causas principales por la cual se inician juicios contra los médicos en nuestro país no dice relación con su competencia profesional, sino con las condiciones de los recintos donde prestan sus servicios, donde enfrentan falencias en elementos básicos, equipamientos y condiciones laborales.

Juan Carlos Bello, Abogado jefe de Falmed, menciona que [la carencia de medios técnicos y/o humanos en los servicios públicos y privados del país, que genera resultados adversos, y cuya imputabilidad o culpabilidad se le atribuye inicialmente al médico].³⁰

³⁰ Fallo reconoce las difíciles condiciones laborales de los médicos. Revista Falmed. pp. 16.

La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, dictada el 30 de noviembre de 2009, absolvió a la anesthesióloga Marianela Núñez, acusada de cuasidelito de homicidio, y que considera en su fallo tanto la precariedad del Hospital de Santa Cruz, donde ocurrieron los hechos, como el hecho de que las falencias habían sido informadas por escritos con anterioridad. Además la misma Corte rechazó la demanda civil, absolviendo a la facultativa y dejando sin efecto la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, que había condenado a la doctora, tanto en lo penal como en lo civil.

En su sentencia, los ministros de la Corte Suprema, coincidiendo con la opinión contenida en las pericias médicas que se acompañaron al proceso, señalan que [la realidad material del Hospital de Santa Cruz en el día en que ocurrieron los hechos no presentaba las condiciones mínimas para la atención post operatoria de un paciente; que tanto a la anestesista como a su ayudante le era imposible quedarse al cuidado del menor en la sala de recuperación, pues la práctica normal de ese establecimiento hospitalario era, lógicamente, que la única anesthesióloga del recinto debía participar en las intervenciones quirúrgicas que allí se realicen, y que en ese día eran nueve las programadas, advirtiéndose que, con esa práctica y normalidad, lo corriente es que no se presenten los accidentes como el que concluyó en el lamentable fallecimiento del menor].³¹

El abogado menciona también que en esta sentencia hay un reconocimiento por parte de la Excelentísima Corte Suprema sobre la representación como forma y medio de no hacerse cargo por parte de los médicos, falencias del servicio y, por lo mismo, no asumir la responsabilidad por dichas carencias.

4.2.3 Temor de médicos en la atención de salud

³¹ ibíd. pp. 7

El Colegio Médico de Chile ha reconocido graves problemas para los profesionales de la salud, los cuales afectan incluso los diagnósticos otorgados por los médicos. En el Hospital Sotero del Río se demuestra esto con la gravedad de que pacientes, o familiares de estos, incluso han amenazado de muerte o golpeado a médicos.

Esto ocasiona que en un servicio de urgencia de un hospital ocurran mucho más cosas que atenciones médicas. Los facultativos que trabajan en dichas instancias se sienten vulnerables y en permanente “estado de guerra”, aunque no solo por dificultades propias, ya mencionadas en extenso, de su profesión, sino que también por la agresividad de pacientes a quienes atienden, como también de sus familiares. Esto ha ocasionado que los profesionales de la salud graben las atenciones médicas, por su propia seguridad, ya sea con videos o grabadoras de voz, para un respectivo medio de prueba ante futuros procesos judiciales a los que se vean enfrentados.

Los pacientes en dichas instituciones están actuando de una manera que exigen sus derechos, pero olvidándose de sus deberes, lo que finalmente da como resultado de que la atención médica sea un constante enfrentamiento.

Esto produce que se desvirtúe el trabajo del facultativo y se deteriore la relación médico-paciente, pero por una razón unilateral de este último.

CAPITULO 5

APLICACION EN OTROS TIPOS DE RESPONSABILIDAD

5.1 Responsabilidad administrativa del Estado

Se considera que la Administración y las autoridades políticas son las encargadas de la planificación correcta de la asistencia médica y sanitaria y están obligadas a hacer disponible los medios necesarios para llevarla a efecto sin riesgo.

Temas como el control de la calidad de alimentos, el control de las enfermedades infecciosas, del medio ambiente, la asistencia sanitaria, la acreditación de los facultativos y de la calidad de los servicios, la distribución de camas, las áreas de acción, los servicios extra-hospitalarios, etc. son responsabilidades fundamentalmente de política sanitaria.

Una sociedad jurídicamente organizada tiene delegada en el Estado el fomento y protección de la salud. El mal funcionamiento de un servicio o la demora en la prestación del mismo, son causas de posibles daños atribuibles al Estado, y a él le corresponde asumir esa responsabilidad, correspondiéndole al médico denunciar esa situación de mal funcionamiento a través de los órganos correspondientes.

La administración del Estado de Chile está constituida por los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa del Estado, según lo establece la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, título II de 1986.

La responsabilidad administrativa se basa en cumplir fielmente el reglamento interno y ordenanzas del servicio público del cual un individuo es parte, y realizando correctamente las obligaciones y funciones que amerita dicho cargo. Cada funcionario público podrá incurrir en responsabilidad administrativa cuando transgredan sus deberes y obligaciones como empleados de un servicio del Estado, siendo procedente aplicar una medida disciplinaria. Esto siempre será verificado mediante una investigación llamada “sumario administrativo”.

Señala Manuel Díaz, abogado de Falmed: [La elección de una u otra medida de ratificación de la falta depende de la gravedad de la infracción, la cual es determinada por la jefatura del servicio público, que en el caso de los médicos es el director del hospital o consultorio].³²

5.1.1 Responsabilidad del establecimiento público

Los establecimientos públicos son órganos administrativos del Estado que se encargan de satisfacer las necesidades colectivas, siendo siempre regular y continuo. También les corresponde, por ley, aplicar políticas, planes y programas que debe aprobarse por el Presidente de la República a través de cada ministerio ya que, aunque hayan sido creados para actuar en toda una región o parte de ella, quedaran siempre sujetos a la política nacional y las normas del respectivo sector.

Señala el art. 119, inciso 2° de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo: [Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, lo que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo].

Por otro lado, vale decir que se aplican a la responsabilidad por daños

³² Faltas dentro del sistema público: ¿Qué ocurre en estos casos?, Revista Falmed. pp. 27

sufridos por un paciente en un hospital o servicio público de salud, las reglas del derecho administrativo, es decir, se mira la responsabilidad de una manera global, es el establecimiento el responsable de los daños ocurridos dentro de él. Un establecimiento público tiene personalidad jurídica, y puede responder con su patrimonio de los daños causados. Su actividad se realiza a través del servicio público administrativo, lo que significa que se rige por las reglas de derecho administrativo que son aplicadas por el juez administrativo.

Aquí no se trata de una responsabilidad contractual. En el hospital público, los pacientes no firman ningún contrato con el establecimiento, existe una situación estatutaria determinada por leyes y reglamentos aplicados al servicio.

Cuando se habla de la responsabilidad administrativa, se debe recordar que no es el médico el particular que es perseguido, sino que el hospital donde realiza sus funciones profesionales. Es por esto que se considera que el contrato no se realiza finalmente con el médico que trabaja en el establecimiento, sino que con el hospital mismo. Y es la responsabilidad del Estado la que se encuentra comprometida ante los respectivos tribunales administrativos.

Si la responsabilidad del establecimiento se sustituye a la del médico que en él trabaja, ella no cubre su responsabilidad penal. Esta siempre puede perseguirse a falta de responsabilidad civil. El médico hospitalario no sustituye su propia responsabilidad civil con la del hospital, sino que por la culpa (o falta) que haya realizado dentro de sus funciones y actividades hospitalarias, y no por sus actividades privadas.

En materia administrativa como en materia civil, a diferencia de la penal, es necesario que la culpa que se alegue se haya originado un perjuicio o daño al paciente.

En el ámbito de la “medicina pública” el médico goza de inmunidad, salvo

culpa grave, y es el Estado el que ocupa su lugar respecto a responsabilidad respecto de los enfermos. Pero hay que mencionar que en forma excepcional los médicos tienen el derecho a tratar en el establecimiento sus propios pacientes, donde se ejercería la medicina en ámbito privado, en otras palabras, ámbito contractual. En ese caso la eventual responsabilidad del médico escaparía del ámbito del derecho administrativo, siendo aplicables las normas del derecho civil. También hay que señalar que, por ejemplo en el caso de un cirujano que opera en un hospital público, interviene también el personal auxiliar provisto por el establecimiento.

Los requisitos que deben concurrir para responsabilizar a los establecimientos públicos de salud son:

1. El daño o perjuicio o lesión antijurídica en los derechos de la víctima: El ordenamiento jurídico debe garantizar que los ciudadanos no se vean afectados en sus derechos por actos de un Servicio de Salud y si sucede debe proporcionar los tratamientos necesarios para restablecer a las personas a su condición normal de existencia. Ahora bien, es causal de indemnización todo detrimento o daño que sufre un individuo en sus bienes o persona.

Hay que destacar que la indemnización del daño moral en el ámbito público tiene un alcance diferente, que es una alteración de las condiciones normales de existencia. En base al derecho administrativo, no solo se comprende en el daño moral el sufrimiento o preocupación de la víctima, sino también la perturbación o alteración que sufrió el agraviado en su vida normal, personal y de relación, refiriéndose a roles o funciones importantes que desempeñaba.

El hecho que exista una recuperación o rehabilitación, debe ser percatado por el tribunal para determinar la cuantía de la indemnización. Además de verificar la evaluación del daño, es importante que este no debe haber sido ya reparado, ya que en ese caso se pasaría a llevar un principio fundamental del derecho privado

que es el enriquecimiento sin causa.

2. La relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión de los Servicios de Salud: Este requisito se trata de que el perjuicio o lesión causado debe ser una consecuencia directa, mediata o inmediata de la acción u omisión del Servicio de Salud correspondiente, es decir, de un acto, hecho u omisión de algún funcionario público de dicho establecimiento público de salud que se desempeñe dentro de él.

Es importante señalar que frente a un hecho que produce daño, generalmente no es por una sola causa, sino que por una cantidad de situaciones dependientes entre sí en la realización del daño respectivo, por lo que no existe un criterio definido para que se determine la causa de la lesión. Por lo dicho, para que un hecho o acto se considere como causal de daño, debe ser idóneo, suficiente y adecuado. Aunque hay que tener en cuenta que la relación que existe entre el hecho y el daño dependerá siempre de la apreciación del tribunal.

En la práctica se dan distintas situaciones, donde los profesionales de la salud no pueden asegurar con exactitud la causa de la enfermedad, transformándose, por ende, la relación de causalidad en un tema de investigación científico. Por ello, en base a la administración de medicamentos o la realización de un determinado tratamiento diagnosticado por el médico se podrían ocasionar daños, donde es difícil determinar si fueron a consecuencia del tratamiento, de la administración de los medicamentos, o de la enfermedad respectiva que sufría el paciente, cosa fundamental para que se origine la responsabilidad.

3. Que los funcionarios causantes del daño hayan obrado en el ejercicio de sus funciones: Este requisito no siempre es exigible, ya que se presentan muchas situaciones en donde el daño es causado por el mal funcionamiento del establecimiento de salud, en otras palabras, no se puede atribuir siempre la lesión causada a un comportamiento de los funcionarios, porque estos obedecen a una deficiencia interna del establecimiento. Un ejemplo sería la presencia de equipos e

instrumentos médicos con fallas de fabricación, etc. En casos como este el daño es impersonal.

Si el daño fuera ocasionado por la actuación de un funcionario, ahí es imprescindible que dicho profesional haya actuado dentro del ejercicio de sus funciones.

En cuanto a la extinción de la responsabilidad de estos servicios de salud se refieren a situaciones expresas y concretas que justifican una lesión o daño, sin ser posible obligar al establecimiento al pago de una indemnización. Estos son:

1. Fuerza mayor o caso fortuito: Se define en el art. 45 de nuestro Código Civil como “el imprevisto a que no es posible resistir”. En el caso Villar con el Servicio de Salud Metropolitano Central, el juez sostuvo que los antecedentes de la contestación de la demanda resultaban improcedentes para deducir el caso fortuito alegado, ya que no quedaron probados sus requisitos, y el fallo emitido determinó: [En primer lugar, el caso fortuito debe estar basado en un suceso extraño o enteramente ajeno al funcionamiento del Servicio de Salud o de su organización, lo cual es imposible que haya tenido lugar, pues se comprobó que los daños se causaron justamente a raíz de la extracción de sangre. En segundo lugar, es indispensable la imprevisibilidad, o sea, que el hecho no haya podido ser racionalmente previsto o representado por la mente del funcionario que actuó en esa situación determinada, hecho que quedó completamente desvirtuado, puesto que el folleto sobre “Normas de Bancos de Sangre” establece que dentro de los accidentes previsibles que puede sufrir un dador de sangre esta justamente la lipotimia. Por consiguiente quedó demostrado que la lipotimia era un hecho previsible que el funcionario no lo previó].³³³
2. El hecho de la víctima: Esta situación establece que es la propia víctima que, a través de su conducta, participa en la realización del daño, interviniendo en su

³³³³ VAZQUES Rogat, Andrés. Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud. pp. 112

proceso, por lo que se excluye la responsabilidad del establecimiento. Pero si el daño se produce como resultado de la acción u omisión del establecimiento y, además, por un hecho propio de la víctima, la responsabilidad del establecimiento se atenúa y procede una disminución de la indemnización.

3. El hecho de un tercero: En esta situación los que causan el daño no tienen relación con el establecimiento de salud, son terceras personas que no se desempeñan como funcionarios dependientes de la misma. Por ejemplo, cuando se realiza una prestación determinada en un hospital público, y los miembros del equipo médico que intervienen han sido contratados por un sistema de libre elección y ninguno de estos es funcionario dependiente de dicho hospital.

Hasta hace pocos años en nuestro país, los tribunales daban responsabilidad delictual al Estado que ocasionaba daños en centros hospitalarios estatales, aplicando al fisco las reglas del título XXXV del libro IV del Código Civil. En ello la jurisprudencia distinguía entre “actos de gestión”, donde el Estado respondía extracontractualmente, y los “actos de autoridad”, donde el Estado no era responsable.

La doctrina nacional critica actualmente esta clasificación, como también aplicar al Estado las reglas del derecho privado, y señalan que la responsabilidad civil estatal debe efectuarse mediante normas de derecho público, establecidas básicamente en la Constitución Política de la República del año 1980 y en la ley N° 18.575 ya mencionada, sin perjuicio de otras leyes especiales.

Sobre estas disposiciones constitucionales y legales, los fallos de los tribunales nacionales han hecho responsable al Estado por los daños causados a los particulares en establecimientos de salud públicos, mediante dos vías:

- a) Se establece en algunos casos responsabilidad objetiva del Estado por faltas de servicio (art. 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República y art. 44 de la

ley N°18.575).

- b) Otros casos, la jurisprudencia determina la responsabilidad directa y objetiva del Estado por daños que se ocasionan en establecimientos públicos, aplicando la “teoría organicista” o “teoría del órgano”, no siendo en razón de falta de servicio.

5.1.2 Actos médicos y actos de cuidado

El Consejo de Estado de Francia resolvió el 8 de noviembre de 1935 que cuando la negligencia se deba a una organización deficiente, un servicio con mal funcionamiento o, incluso, una mala ejecución de los debidos cuidados, el hospital responde hasta la culpa leve. Cuando el daño o negligencia se produce por la ejecución defectuosa de un acto realizado por el médico, el establecimiento responde sólo de culpa grave.

En cuanto a los actos de cuidado debe comprenderse la falta de vigilancia material, falta de vigilancia por parte de los médicos, faltas que resultan de la prestación ineficiente de los cuidados o faltas ineficientes de mantención del material.

En todo estos casos mencionados el Consejo de Estado admite que se ha cometido una culpa leve, pero estando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

En cuanto al error respecto de los actos médicos, la falta de precisión o equivocación en el diagnóstico del paciente no constituye por sí solo una falta grave, a no ser que esta equivocación resulte de un examen insuficiente y sustancialmente defectuoso. Y en relación al tratamiento o administración de los cuidados médicos puede existir esa culpa si hay ineficiencia en hacer un examen o si falta vigilancia sobre el estado post-operatorio, por ejemplo si un cirujano se retira del recinto inmediatamente después de haber hecho una cirugía a un paciente sin verificar su estado de salud.

Basada en ideas del profesor Patricio Aylwin, por mucho tiempo predominó una idea negativa sobre la posibilidad de admitir responsabilidad administrativa del Estado por negligencias que su actividad ocasionara a los pacientes. El fundamento de esta posición radicó en el principio de la soberanía del Estado. Siendo el Estado un ente soberano, en ningún caso se podían admitir limitaciones. Si el Estado ocasionaba daños, nadie podía obligarlo a repararlos porque ello significaría disminuir su poder soberano.

Dentro de esta postura, el Estado, que se vale de agentes y servicios públicos para desarrollar su actividad, no debería responder de actos o hechos que hayan causado daño a particulares por dichos organismos estatales. El único responsable sería el agente público que hubiere actuado con dolo o culpa.

Esta posición, aparentemente muy injusta, no podía seguir manteniéndose y fue la doctrina y la jurisprudencia las que aceptaron la responsabilidad del Estado, pero buscaron una opción en la aplicación de las normas del derecho común.

La aplicación de principios y normas que conforman el derecho común a la actividad del Estado no es eficiente, porque cuando el Estado actúa como autoridad siempre lo hace en un plano de superioridad, y se impone a los particulares por la sola manifestación de la voluntad en forma unilateral, mientras que el Código Civil se basa en una igualdad entre las partes.

Por otro lado, el derecho civil se fundamenta en la responsabilidad por dolo o culpa, y al Estado no es posible atribuirle dolo o culpa en su actividad. Y si se llegaran a aplicar las normas de responsabilidad extracontractual al Estado, tendríamos que remitirnos al art. 2320 (ya mencionado), y es poco probable que el agente público, dentro del vínculo que tiene con el Estado, tenga bajo su cuidado el resto de agentes públicos que le suceden. Además hay que añadir que si se

trata de actos médicos no hay responsabilidad del Estado porque nunca habría estado en sus medios “impedir el hecho”.

5.1.3 Fuentes de esta responsabilidad

La doctrina se ha planteado otros tipos de fuentes de responsabilidad. En primer lugar ha encontrado normas constitucionales que, junto a otras normas, podrían fijar el estatuto de la responsabilidad administrativa.

Actualmente el art 38 inc. 2° de la Constitución Política de la República de Chile dice: [Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismo o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiera causado el daño].

En el año 1986, la ley N 18.575 aprobó la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En el art 4° se dispone: [El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiera ocasionado].

En el art. 44 se agrega: [Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiese incurrido en falta personal].

Según el profesor Enrique Silva Cimma, nuestro ordenamiento jurídico, al regular esta materia, consagra un tipo de responsabilidad objetiva que coinciden [con las teorías contemporáneas de derecho público que fundamentan la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en la tesis de riesgo o daño y falta de servicio [...] el establecimiento de una responsabilidad de

derecho público y de naturaleza objetiva es de singular trascendencia porque la hace procedente por el solo hecho de que un ente administrativo cause un daño en el ejercicio de sus funciones, sin que sea necesario individualizar a la persona natural que con su acción u omisión causó el perjuicio, ni probar la culpa o dolo de su conducta, ni tampoco discernir si la actuación de la Administración fue lícita o ilícita, o si se materializó en un hecho o en un acto administrativo].³⁴

Siguiendo la posición doctrinaria del profesor Silva, en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad del Estado es objetiva, es decir, esta responsabilidad se produce aunque no haya culpa de algún funcionario del Estado o del servicio. En nuestro país hay normas que establecen la responsabilidad objetiva, donde se consagra en determinadas materias.

En Francia algunas normas establecen la responsabilidad objetiva del Estado, mientras que en otros casos la jurisprudencia de los tribunales administrativos y del Consejo del Estado la realiza según las normas generales del derecho, sin ser una regla general.

En nuestro país la jurisprudencia administrativa se empieza a formar sobre la responsabilidad del Estado por culpa médica o del establecimiento en los hospitales o servicios de salud pública que de él dependen.

De las normas ya citadas parece consagrarse esta responsabilidad administrativa, la cual exige culpa de parte de los órganos de la administración que causen daño, ya que el Estado tiene derecho a repetir en contra del funcionario que incurra en falta personal.

Para conocer de estos juicios y obtener el pago de la indemnización correspondiente, sólo conoce la justicia ordinaria, ya que en Chile no existen los tribunales administrativos que consagra el art. 87 de nuestra Constitución Política

³⁴ SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y comparado: El control público. pp. 216 y 217.

de 1925. Nunca funcionaron porque no se dictó alguna norma que estableciera la organización y atribuciones de dichos tribunales.

5.1.4 La investigación sumaria

La investigación sumaria se trata de un procedimiento breve que se desarrolla para establecer hechos que constituyan faltas administrativas leves expresadas en el Estatuto Administrativo.

La duración de esta investigación no será superior a 5 días hábiles, basado en el art. 26 del Estatuto Administrativo, desde el momento en que el investigador acepte su designación. Posteriormente se indagaran los hechos que hayan sido denunciados, realizándose las diligencias necesarias para cumplir dicha tarea, por ejemplo, citar a declarar a quien corresponda.

Esta investigación no necesita una resolución formal que la finalice. Por lo indicado en la ley es un procedimiento verbal, no formalizado, sin perjuicio que se admite que se escriba si el investigador lo prefiere. Si se establece una responsabilidad del sumariado identificándose a los infractores, se notificara por escrito la resolución, tendiéndose dos días para realizar los descargos correspondientes. Entre dicha etapa y la vista del investigador, abriéndose un término probatorio para ratificar los descargos. Posteriormente el investigador emitirá un dictamen donde propone una absolución o la aplicación de la medida disciplinaria a él o los infractores, no siendo posible proponer el despido de dicho funcionario, solo se puede aplicar sanciones de censura, multa o suspensión.

Si, eventualmente, durante la tramitación de dicha investigación establece que los hechos investigados tienen la suficiente importancia ni gravedad, el investigador podrá informar a la jefatura correspondiente, solicitando que dicho proceso sea elevado a un sumario administrativo.

Manuel Díaz señala: [El estatuto administrativo es una ley que se aplica a los médicos contratados por los servicios de salud y tiene una serie de obligaciones que se deben cumplir. El no cumplimiento de ellas implica sanciones, siendo el sumario administrativo el procedimiento para corroborar esta situación. El sumario administrativo es una investigación para hechos graves y difíciles de determinar. En la práctica no es un procedimiento disciplinario cuyo fin es descubrir la verdad, sino que sancionar a alguien, puesto que al ponerse en marcha un sumario administrativo se asume que ya hubo una infracción. El sumario se crea porque la jefatura estima que ya hubo una falta, siendo el sumario administrativo el sistema para efecto de determinar la responsabilidad administrativa de un funcionario público independiente de su jerarquía. Además hay casos en que los sumarios son comenzados directamente por los directores de servicio e incluso por los ministerios, cuando se requieren muchos más recursos y diligencias de investigación para llegar a los hechos].³⁵

Si la jefatura estima que los hechos denunciados son susceptibles de ser sancionados mediante medidas disciplinarias o, si la ley lo dispone expresamente, esta ordenara la instrucción de un funcionario administrativo designando un fiscal de la administración.

Señala el abogado Díaz: [Es una investigación en regla y hay un debido proceso donde se designa un fiscal, que es el investigador, y un actuario, que es el ministro de fe, generándose un registro escrito de todo lo realizado para confirmar la falta].³⁶

El fiscal debe tener igual o superior grado a la persona que se encuentra siendo sumariada, siendo independiente su profesión o especialidad. Mientras que el actuario, que también es elegido por la jefatura, puede ser cualquier funcionario que no se considera su grado.

³⁵ Revista Falmed. Op. Cit. pp. 28

³⁶ *Ibíd.* pp. 28 y29

El fiscal y el actuario pueden excusarse a ser tales si es que cumplen con los requisitos legales, por ejemplo el auto recusarse por un vínculo de amistad o enemistad siendo explícita con el sumariado. Una vez que el fiscal y el actuario se constituyen, se comienza a reunir la documentación y se genera la etapa de interrogatorios.

[En caso de ser citado a declarar, la persona debe concurrir y declarar la verdad. Es parte de las obligaciones de un funcionario público. Si miente ante el fiscal, está faltando a la probidad y al reglamento administrativo, exponiéndose con esto a una sanción. En esta instancia incluso puede ser llamado a declarar un tercero, paciente o familiar del mismo, que haya presenciado los hechos, pero sin ningún tipo de obligación de asistir de parte de éstos].³⁷

El sumario es siempre secreto, y si llegase a ser conocido por cualquier persona, el fiscal también podría ser sumariado, ya que él o los investigados sólo se enteran al final cuando ya son llamados a declarar, ya habiendo finalizado los interrogatorios o al momento de que se formulen los cargos.

[Una vez finalizada la investigación, la cual puede en la práctica durar días, meses e incluso años, se formulan cargos, detallando cada paso seguido para ello, encuadrados en las normas administrativas del servicio, para luego notificarlos al sumariado y al transparentar la investigación para que este pueda generar su defensa junto con su eventual abogado]³⁸, señala el jurista.

Luego de que al sumariado se le informa la o las infracciones administrativas de que se le acusan (a menos que se genere sobreseimiento cuando por variadas razones sea impropio imponer alguna sanción, aunque es poco probable, ya que si se empieza un sumario es porque existe una transgresión a la norma) el inculpado tiene la posibilidad de objetar la disposición.

³⁷ *Ibíd.* pp.29

³⁸ *Id.*

Una vez que se han formulado los cargos por parte del fiscal, el acusado puede presentar sus defensas y pruebas, destinadas a desvirtuar o disminuir la responsabilidad administrativa que se le imputa.

Dentro de las posibilidades en materia de sanción para este procedimiento, que determina finalmente la jefatura cuyo rol es ordenar el sumario, se pueden encontrar cuatro tipos dependiendo de la gravedad: censura (amonestación escrita), suspensión del cargo, multa o, la más alta, la destitución del cargo, que implica no poder trabajar en ningún servicio público por el plazo de 5 años.

[El fiscal puede acoger o no las pruebas del sumariado que demuestran que las cosas no ocurrieron así, porque ahí está el derecho de defensa que tiene el sumariado. Una vez que se han realizado las diligencias solicitadas por el acusado para generar su defensa, el fiscal debe analizar esta prueba de descargo, razonar y estudiarla para generar un dictamen donde sugiere una acción a la jefatura, si acepta o no la defensa, y propone, en este último caso la sentencia al sumariado.

Cuando hay sanciones el funcionario tiene derecho a solicitar a su dirección la reconsideración del castigo y apelar ante el superior jerárquico de su jefe. En este último, la Contraloría debe velar por la corrección legal del procedimiento y por la proporcionalidad de la sanción.

Los derechos del sumariado son muy pocos, porque el sumario es secreto. No tiene derecho a saber que está pasando, por lo tanto eso le da poder al fiscal, generándose ruidos y comentarios, especialmente provenientes de personas que ya han sido interrogadas. Aunque, en estricto rigor, no debiesen hablar acerca del interrogatorio porque estarían rompiendo el secreto de sumario.

Uno de los pocos derechos del sumariado es que puede recusar al fiscal. Esto ocurriría en el momento en que el acusado es llamado a declarar, guardando

silencio frente a las preguntas, debido a una amistad o enemistad implícita con el fiscal o transparentando que este tuviese intereses creados en el caso, la resolución le afecte directamente o se haya visto involucrado de alguna manera en la falta.

Otro de los derechos que tiene es la defensa. Se puede defender y llegar a la conclusión de que no hubo una falta, pero no es lo común. Aquí no existe una presunción de inocencia, acá se buscan las pruebas para corroborar la falta. Por lo tanto se deben asumir intrínsecamente las obligaciones que dicen relación con la diligencia, como hacer las cosas bien, con preocupación. Si el profesional se descuida puede cometer una negligencia vinculada a la falta de conocimientos médicos o al no cumplimiento de los protocolos internos del hospital, como por ejemplo retirarse antes de entregar correctamente el turno, esto puede derivar en un sumario y, lo más probable, en sanciones].³⁹

5.1.5 Fallos sobre responsabilidad administrativa

Una sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones el 21 de septiembre de 1995, en un recurso de casación fallada el 20 de junio de 1996 se aprecia la responsabilidad administrativa del Estado: [En un hospital se practicó una operación de artroplastía total de cadera derecha con implantación de una prótesis y, por un gravísimo error en que se incurrió, hubo que efectuar en el acto una segunda operación al enfermo implantándose prótesis en ambas caderas. Esto se debió a una serie de culpas comenzado por la del auxiliar de enfermería que señaló equivocadamente la cadera que debía ser intervenida al efectuar una determinada labor, y las demás personas, sin advertir el error inicial, incurrieron en el mismo desacierto, inclusive el cirujano, que confundió el campo operatorio y lesiono tejidos sanos. Como jefe del equipo incurrió en una culpa muy grave pues debió revisar por sí mismo lo hecho por el personal ayudante con el examen de la radiografía y demás antecedentes médicos.

³⁹ *Ibíd.* pp. 29 y 39

Se instruyó un proceso criminal por cuasidelito de lesiones graves y se procesó al cirujano, al primer ayudante, a la anestesista, a la arsenalera y a la pabellonera. En definitiva, la sentencia estimó que la responsabilidad de cada uno fue grave y que cada error influyó en el resultado, y condenó a todos a la pena de 61 días de reclusión remitida. Habiéndose interpuesto demanda civil, se les condenó solidariamente a pagar una indemnización por daño moral al ofendido, aplicando la norma de responsabilidad extracontractual del art. 2314 del Código Civil pues el cuasidelito penal deriva culpa aquiliana.

Por haber ocurrido el hecho en un hospital perteneciente al Estado y siendo empleados públicos los médicos y demás personal que intervino, también fue demandado el Fisco y se le condenó al pago de la indemnización haciendo efectiva su responsabilidad de conformidad con las normas de los arts. 38 inc. 2° de la Constitución Política y 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. La Corte de apelaciones confirmó este fallo, y la indemnización fue fijada en cuarenta millones de pesos, con reajuste e intereses. Hubo recursos de casación ante la Corte Suprema, que fueron rechazados con dos votos de minoría por casar de forma].⁴⁰

5.2 Responsabilidad penal

Existe responsabilidad penal cuando el médico, utilizando las funciones propias de su profesión, produce un hecho contrario al orden jurídico de forma maliciosa. Es decir, que el determinante del acto se encuentra en el dolo o la intención del profesional.

Ante esta situación, el afectado tiene la posibilidad de denunciar el acto médico, del cual puede derivar una responsabilidad penal, con la presentación de la correspondiente denuncia.

⁴⁰ PAILLAS, Enrique, *óp. cit.* pp. 99 y 100.

El Ministerio Público también tiene la posibilidad de perseguir de oficio al médico responsable en interés de la ley y de la sociedad, pues el delito de lesiones graves y gravísimas es un delito de acción penal pública.

Estos actos delictivos corresponderían a aquellas situaciones que se han podido cometer solamente por el hecho de ser un profesional médico, citando como ejemplos, desde la falsedad de un certificado médico hasta los daños intencionales causados por una mala praxis. Un médico que actuase con intencionalidad, con dolo, es decir, con el conocimiento del acto que va a realizar y las consecuencias que ello pudiera generar, puede llegar sin lugar a dudas a la configuración de los elementos necesarios para configurar un delito común.

Otros casos en los que puede tipificarse un delito de lesiones por el ejercicio de la actuación médica son a través de la configuración de delitos culposos. Pero es quizá en la configuración de estos delitos donde se produce un grave problema a la hora de establecer diferencias dentro del mismo concepto de culpa.

Es aquí precisamente donde se produce la controversia sobre la responsabilidad del médico cuando la ausencia de intención dolosa produce un daño, que puede tener como consecuencia la activación única y exclusiva de la responsabilidad civil, excluida la penal, o bien la configuración de la culpa penal y, por tanto, la procedencia tanto de la responsabilidad civil como la penal, en forma conjunta.

A esto deben sumarse aquellos casos en que el facultativo, por su calidad de tal, es sujeto a determinadas y definidas figuras delictivas que únicamente se activan por la calidad profesional de médico, siendo éste elemento necesario para la configuración del tipo penal.

En sentencias actuales emitidas por supuesta mala praxis, se ha podido observar en el fallo la absolución del médico, al comprobar que su actuación fue ajustada a protocolos clínicos previamente establecidos por las sociedades científicas. Estos protocolos suponen una gran ayuda para el juzgador y una importante eximente para el médico, al comprobar así que cumple con la *lex artis*.

Para que pueda hablarse de responsabilidad deberán concurrir los elementos constitutivos de la responsabilidad médico penal, que son los siguientes (9):

1. Obligación preexistente: Es el elemento básico de la responsabilidad médica, pues es la consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente, y puede surgir tanto por una acción como por una omisión.
2. Falta médica: La falta cometida debe ser estrictamente profesional. Estas pueden ser involuntarias, leves, graves y faltas gravísimas. Las involuntarias tienen lugar con motivo de experimentaciones indiscretas practicadas a enfermos, produciendo un perjuicio apreciable en el paciente. Las leves son aquéllas que puede cometer cualquier médico que pone idéntica diligencia que en sus cosas particulares. Por el contrario, las faltas graves tienen lugar en casos de imprudencia o impericia, y resultan de la inatención, imprevisión e inobservancia de las reglas fundamentales de la práctica médica. Las faltas gravísimas, por último, son los graves errores consecuencia de carecer de los conocimientos fundamentales que de la Medicina debe poseer todo médico.
3. Perjuicio ocasionado: En esta situación es necesario que la falta cometida haya ocasionado daños en otras personas, bien de tipo físico, moral o económico.
4. Relación de causalidad: Es evidente que tiene que existir una relación causa-efecto entre la falta cometida y el perjuicio ocasionado para que el médico incurra en responsabilidad, y es una situación ésta a veces difícil de demostrar, sobre todo si concurren en un paciente una serie de patologías concomitantes. La obligación contractual - extracontractual del médico y, en general, la del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación

del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que se requieren según el estado de la ciencia. La obligación de informar al paciente del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de sus riesgos es una de las obligaciones de medios que integran la *lex artis*.

5.2.1 Hechos que sanciona las normas penales

En el derecho chileno hay múltiples delitos que se consagran en la ley. Los más graves son el aborto, art. 345 del Código Penal que menciona: [El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342], habiéndose derogado la norma del Código Sanitario que autorizaba el aborto terapéutico. Mientras que dicho Código en su art. 247 sanciona a profesionales: [Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieran título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado].

Otro delito está consagrado en la Ley Sobre Tráfico de Estupefacientes en su art. 7, que castiga al médico, dentista, matrona o veterinario que, abusando de su profesión, recete alguna sustancia estupefaciente o psicotrópica que contempla dicha norma, sin haber una necesidad médica o terapéutica.

Otros varios hechos punibles de menor gravedad y con menor frecuencia que menciona nuestro Código Penal son el previsto en el art. 313 a), que sanciona al profesional que preste su nombre para que otro, sin serlo, ejerza actos de médico, dentista, quimiofarmacéutico, bioquímico, u otro de características análogas. Como también el contemplado en el art. 313 b) que castiga el ejercicio indebido de su profesión, que menciona: [El que, estando legalmente habilitado para el ejercicio de una profesión médica o auxiliar de ella ofreciere, abusando de la credulidad del público, la prevención o curación de enfermedades o defectos por formulas ocultas o sistemas infalibles, será penado].

Otro es el señalado en el art. 202: [El facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado].

El art. 494 que habla de las faltas, con pena de una multa de una a cuatro unidades tributarias mensual, señala en sus números 9, 10, 11 y 12 faltas que se imputan a un médico-cirujano, farmacéutico, dentista o matrona. El numero 9 menciona al facultativo que note señales de envenenamiento en una persona o un cadáver u otro delito grave y que no diere aviso a la autoridad oportunamente. El número 10 se refiere al descuido culpable de dichos profesionales en el desempeño de su profesión y que no cause daño a las personas (ya que el hecho punible se agravaría a crimen o simple delito, dejando de ser falta). Por su parte, el numero 11 impone la multa por la falta a los mismos profesionales cuando no presten servicios de su profesión mientras estén de turno señalado por la autoridad administrativa. Y, por último, el número 12 que consagra que estos profesionales, en calidad de testigo o perito, se negaren a practicar una operación propia de sus respectivas profesiones u oficios o a prestar una declaración siendo requerida por la autoridad judicial.

5.2.2 El delito culposo

El delito culposo es un acto realizado sin la intención de haberlo cometido, pero interviniendo negligencia culpable. El Código Penal en su art. 491 sanciona al médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que cause mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su respectiva profesión. La palabra “mal” se refiere claramente a una enfermedad o dolencia, tanto física como psicológica.

Nuestro ordenamiento jurídico no ha definido al delito culposo, solo se ha limitado a referirse a la negligencia culpable. La culpa cuasidelictual penal, en que puede incurrir un médico, implica una ausencia de dolo o intención, también

señalando como parte importante que dicho delito es siempre personal, es decir, simplemente hay negligencia, un descuido, se deja de hacer algo que es intrínseca a la actividad que se está desempeñando.

La doctrina nacional mayoritaria estima que el art. 491 del Código Penal, que sanciona el delito culposo de homicidio y lesiones por negligencia médica, necesita un mayor deber de cuidado, lo cual se traduce en la visión de la culpa leve para la configuración de la responsabilidad penal. Dentro de esta visión se sostiene que en los art. 490, 491 y 492 del Código penal se infiere una cierta graduación de culpa. Por ejemplo la palabra “negligencia culpable” usada por el art. 491 del Código mencionado se refiere a un mayor cuidado que respecto al art. 490, fundándose en que las profesiones mencionadas en dicho artículo crean riesgos que necesitan una mayor acuciosidad en quien las realiza.

Enrique Cury se adhiere a esta posición doctrinaria admitiendo que el art. 491 crea un deber más estricto para evitar conductas lesivas, ya que este artículo contempla profesiones más riesgosas, agregando: [En suma, significa que se les hace, lógicamente, una mayor exigencia de cuidado que al común de los ciudadanos, pues basta la simple negligencia para hacerlos ya penalmente responsables por el daño que puedan ocasionar a quienes era su obligación curar. Esto es natural y no exige muchas explicaciones].⁴¹

Respecto a nuestros tribunales superiores, es común que, ya que estos conocen de negligencias médicas en sede penal, se esfuercen en determinar los requisitos del delito culposo, particularmente referido a la mala praxis médica, intentando establecer si se produjo una observancia o no a la *lex artis*. En efecto, la Excelentísima Corte Suprema señaló en un fallo: [Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado, el que o bien no prevé o bien, previéndolo, confía

⁴¹ CURY Urzúa, Enrique. Contribución al estudio de la responsabilidad médica. Revista de ciencias penales. pp. 105

imprudentemente en poder evitarlo. En definitiva, para que nazca la responsabilidad culposa, será necesario: a) que exista un comportamiento voluntario; b) que la acción u omisión origine un resultado antijurídico; c) que el resultado sea previsible; d) que exista la obligación de preverlo; y e) que haya relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico. La Teoría de la Culpa está cimentada, entonces, en dos pilares básicos: 1. el deber de cuidado, que obliga al sujeto a poner en su actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador, y 2. la previsibilidad del resultado, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles. Existirá culpa por el solo hecho de que el sujeto activo haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues significa que omitió las medidas de prudencia o precaución necesarias para evitar un daño, reduciéndose la labor del tribunal a averiguar, conforme al mérito de los antecedentes, si medió conducta culposa por parte del encausado y quebrantamiento de reglamentos].⁴²

No se ha señalado, por ende, el grado o intensidad en que la negligencia debe concurrir, con respecto a la infracción de la *lex artis medica*, para que se determine el tipo penal señalado en el art. 491 del Código Penal. De hecho, se ha estimado que al reunirse los requisitos del delito culposo que configure el delito, los tribunales tienen una vaga referencia del concepto de “conducta negligente o imprudente”.

Esto se opone a otras legislaciones internacionales, donde la jurisprudencia se encarga de fijar criterios para la distinción entre imprudencia grave y leve, donde dichos Estados establecen una legislación positiva que establece expresamente consecuencias jurídicas para uno u otro caso.

En nuestro país está cambiando la situación. Durante el año 2011 el Servicio Médico Legal recibió 309 casos por negligencia médica, dentro de los

⁴² Corte Suprema. 15 de septiembre de 2008

cuales 239 eran pertenecientes a la salud pública, y 70 a los establecimientos de salud privados. Dentro de los informes realizados por los peritos médico-legales se concluyó que en el 12,63% de las demandas, el diagnóstico se apartó de las normas de la especialidad (lex artis), un 1,71% de estas incurrió en responsabilidad institucional, y en un 2,05% se presentó responsabilidad institucional y del equipo de salud. Por el contrario, se estableció que en un 78,5% no se infringió la lex artis médica, y en un 5,12% no se pudo obtener un informe pericial que concluyera una inobservancia al acto médico. Esto se confirma en las cifras entregadas por el Servicio Médico Legal, donde se ve que se ha incrementado en un 415% los casos ingresados para una actividad pericial médica debido a demandas por mala praxis entre los años 2001 y 2011, siendo ratificado esto por la Fundación de Asistencia Legal para Médicos, FALMED, dentro del año 2011, también proporcionado que en un 85% de los casos fueron favorables para los médicos.

5.2.3 Jurisprudencia nacional en la responsabilidad penal médica

En un fallo del 4° Juzgado del Crimen de Santiago se investigaron dos hechos punibles, siendo finalmente rechazado el recurso de casación en el fondo interpuesto ante la Corte Suprema el 2 de junio de 1993: [Una mujer ingresa a una clínica en febrero de 1987, en Santiago, para que el médico O.S.C le hiciera una operación correctora de mamas; la operación duró más de seis horas y la paciente despertó con grandes dolores y malestar general, su estado se agravó y tuvo supuraciones en las partes heridas, además de feas cicatrices, debiendo ser llevada a la Posta Central para un aseo quirúrgico, con anestesia general. El servicio médico legal informo que la cirugía plástica realizada no tuvo resultado satisfactorio por una defectuosa reconstitución anatómica de la parte operada y por las feas cicatrices que obligan a efectuar una cirugía reparadora. El Ministerio de Salud, al revisarse el pabellón de operaciones de la Clínica Las Condes, expreso que no cumple con los requisitos mínimos exigibles a un pabellón de operaciones; que esto constituye un riesgo significativo para la seguridad del

paciente expuesto a una intervención quirúrgica mediana o mayor [...] Un caso similar ocurrió el año siguiente en la misma clínica, donde otra paciente fue sometida por el mismo médico a una operación semejante, que tampoco tuvo éxito pues quedó con numerosas y graves cicatrices, con deformación parcial, además de haber tenido que superar un proceso infeccioso [...] El médico O.S.C a dos penas de sesenta y un días de reclusión como autor de esos cuasidelitos de lesiones graves, por negligencia culpable (arts. 490 N°2 y 491 del Código Penal). La Corte de Apelaciones confirmó el fallo y, habiéndose interpuesto casación en el fondo, el recurso fue rechazado por la Corte Suprema.

He aquí dos delitos culposos que dejaron penosas y graves consecuencias, el culpable fue sancionado, pero se advierte la ausencia de una demanda civil que repara los daños materiales y morales; las víctimas debieron someterse después de una cirugía correctiva].⁴³

Otro caso se dio el 27 de junio de 1983 ante el 5° Juzgado del Crimen de Santiago, siendo finalmente rechazado en la Corte Suprema el recurso de casación en el fondo el 25 de abril de 1991: [Los padres del menor S.I.O.F de cuatro meses y 11 días de edad lo llevaron a la posta de urgencia del Hospital Roberto del Río y allí se le diagnosticó gripe, bronquitis e hipertermia y se le recetó penicilina; como no presentaba signos de mejoría, se la llevo nuevamente a la misma posta de urgencia al día siguientes y se le diagnosticó bronquitis obstructiva y se le recetó Cidoten; como la lactante empeoraba fue llevada al otro día a un consultorio médico de otro establecimiento, en donde la doctora A.E.D comprobó mal estado general, dificultad respiratoria severa, bronconeumonía y extendió una hoja de interconsulta solicitando hospitalización. [...]

El médico W.O.A.R.O la examinó superficialmente, no le tomó la temperatura no solicitó examen radiológico; estimó que la doctora A.E.D. había exagerado en su apreciación y recetó inyección de penicilina sódica; allí murió

⁴³ PAILLAS, Enrique. Op. cit. pp. 117 y 118.

aproximadamente a las 4 A.M del 30 de junio, esto es, trece horas después de ser examinada por el médico W.O.A.R.O.

Este facultativo fue procesado como autor de cuasidelito de homicidio [...] En definitiva W.O.A.R.O fue condenado como autor del cuasidelito de homicidio de la menor (art. 491 del Código Penal) a 61 días de reclusión, pena que se le remitió. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó esa sentencia y, habiéndose interpuesto el recurso de casación en el fondo, fue rechazado por la Corte Suprema. En estos autos no se interpuso acción civil para cobrar indemnización].⁴⁴

Un tercer procedimiento penal sobre negligencia médica a mencionar llegó hasta la Corte de Apelaciones con fecha 15 de diciembre de 1997 con un recurso de casación en segunda instancia: [En el hospital clínico de la Universidad Católica fue atendida la señora I.M.C. por una afección que presentaba. Se le practicó un procedimiento endoscópico tendiente a confirmar la existencia de cálculos en el colédoco, el cual no tuvo un resultado favorable porque no se pudo canular la papila de Váter. Los profesionales tratantes insistieron en la práctica del mismo procedimiento nueve días después, se le practicaron dos colangiografías, y luego se le sometió a una papilotomía mediante la introducción en dicho conducto hepático del instrumento llamado canastillo destinado a extraer los dos cálculos que se habían detectado. Pero esta operación nuevamente fracasó, y sobrevino un cuadro de pancreatitis aguda; la enferma falleció cuatro días después. El médico-cirujano que operaba y a cuyo cargo había estado este procedimiento quirúrgico, A.R.R., fue sometido a proceso por cuasidelito de homicidio y, en definitiva, se le condenó solidariamente con el hospital clínico a pagar una indemnización.

Los jueces de primera y segunda instancia tuvieron presente que el procedimiento quirúrgico aplicado en la segunda ocasión estaba contraindicado

⁴⁴ *Ibíd.* pp. 126 y 127.

debido a los antecedentes clínicos de la paciente, en particular, el rechazo a la endoscopia intentada la primera vez, y al repetir esa operación nueve días después introduciendo el canastillo y practicando una incisión en la papila de Vater, el cirujano A.R.R. incurrió en una falta de cuidado o diligencia; se dijo que debió haberse evitado ese riesgo, que era previsible [...]

Contra la sentencia de segunda instancia se interpuso casación. Únicamente se modificó el fallo en cuanto a la indemnización; solo quedo obligado a pagarla el medico (\$15.000.000), y respecto del hospital clínico, se dio por prescrita la acción].⁴⁵

También se presenta un caso de absolución en la Corte Marcial, sentencia con fecha de 31 de agosto de 1993: [En una causa seguida ante la justicia militar en que se investigaron un robo con violencia y otros graves delitos, se detuvo y proceso al médico A.F.R.B por infracción a la ley sobre Control de Armas. Sucedió que el 28 de abril de 1986 H.S.G.P. fue llevado a una clínica, luego de haber participado en el asalto a la panadería Lautaro, en donde fue herido por un impacto de bala. Fue socorrido por parientes y en la clínica lo atendió el médico A.F.R.B.; no fue necesario efectuarle intervención quirúrgica y más tarde, curada sus heridas, fue dado de alta.

En primera instancia el médico fue condenado por infracción a la ley sobre Control de Armas, pero la Corte Marcial lo absolvió diciendo: “Que, a juicio de esta Corte, se trata de una conducta que se ajusta a derecho y es compatible, además, con lo que dispone el Código de Ética Profesional referido al ejercicio de la Medicina, y no existen elementos de juicio bastantes que lleven a concluir que R.B. haya tenido conocimiento de que el paciente que estaba atendiendo haya cometido algún acto terrorista o alguna infracción a la ley de Control de Armas u otro hecho ilícito, o que perteneciera a alguna organización o asociación o grupo ilícito, o más específicamente aún, a alguno de los entes descritos por el art. 8° de

⁴⁵ Ibíd. pp. 129 y 130.

la ley de Control de Armas” (considerando 38).

Y expreso también: [Que esta Corte concuerda con lo sostenido por la defensa de R.B., en cuanto a que, para responsabilizarle criminalmente, debe estar acreditado que los individuos que van a ser objeto de la sanción penal han de tener el necesario conocimiento y conciencia de que están participando o ayudando a una asociación como la que expresa la norma a cuyo título se le acusa, porque a nadie puede presumirse autor, que forme parte o ayude a estas asociaciones, si, en primer término, no está en conocimiento de la existencia del grupo, y menos si no ha expresado su voluntad inequívoca, directa o indirecta de colaborar o ayudar a grupos de tal naturaleza. El médico R.B. dio atención médica, públicamente, con ficha clínica, sin ocultamiento de su labor ni de la persona G., a quien la dispensaba, examinando a este y ordenando radiografías del referido paciente [...] (considerando 31)].⁴⁶

⁴⁶ PAILLAS, Enrique. Op. cit. pp. 114 y 115

CAPITULO 6

OTROS TEMAS

6.1 Judicialización de la medicina

La judicialización de la medicina se refiere en llevar por la vía judicial un asunto de la relación médico-paciente, pudiendo ser resuelta por otra vía.

Sobre la judicialización de la medicina y del daño médico, Juan Andrés Orrego señala: [La responsabilidad medica es uno de los tópicos más analizados en la actualidad, pues la salud se mira hoy como un derecho, viéndose el medico como un profesional más, que debe responder por sus hechos como cualquier otro. Sin embargo, existe el riesgo de pasar de un extremo a otro: esto es, atribuir al médico todo tipo de riesgos y males que se produzcan a consecuencia del desarrollo de una enfermedad y su tratamiento, no distinguiéndose entre errores médicos excusables por imprevisibles, de las negligencias o malas prácticas inexcusables por impericia o imprudencia.

Se observa que un proceso de reparación del daño medico a ultranza por medio de la objetivación de su responsabilidad, puede presentar serios inconvenientes. Ante la realización de exámenes previos a toda intervención y la contratación de seguros, el servicio médico se encarece. De esta forma, las indemnizaciones recibidas por las victimas terminan siendo soportadas por todos los usuarios y, más aun, por todos los contribuyentes].⁴⁷

En Chile se ha señalado que la extrema judicialización de la medicina podría producir un gran cambio en la relación médico-paciente, colocándola como calculadora por parte del médico y aprensivo del paciente. Esto obliga a los

⁴⁷ ORREGO, Juan Andrés. De la responsabilidad de los profesionales liberales en general y de la responsabilidad de los médicos en particular. pp. 3.

médicos contratar seguros costosos, ya que quedan vulnerables a un mayor riesgo, y por concluyente, se produce un alza de honorarios, provocando mayores especializaciones por parte de ellos en un país donde escasean médicos generales.

El avance en el desarrollo tecnológico en la medicina, la mayor atención a la bioética y una modernización a la gestión de la atención médica erosiona la relación médico-paciente, creándose en la conciencia del paciente la sensación de que un resultado negativo en el tratamiento y diagnóstico se deben solo a fallas de los profesionales de la salud, a quienes se les exige reparaciones y respuestas, sin estar conscientes de las consecuencias pueden deberse al mismo paciente, o los riesgos propios de cualquier ejercicio médico.

Cuando un médico es acusado por una mala gestión en su acto médico, sus habilidades son automáticamente colocadas a juicio del público, se le destruye su reputación ocasionando una pérdida de pacientes o su empleo. Algunos profesionales de la salud, entrevistados sobre este asunto particular, lo señalaron como: [Una de las épocas más complicadas en la vida de un doctor, especialmente ese día cuando te demandan por primera vez]⁴⁸, lo que hacen que se sientan insultados y humillados por esa exposición tan pública de su supuesta negligencia médica.

Junto a esto, la mayoría de los médicos ve con desconfianza y hostilidad nuestro sistema legal, a los abogados y las decisiones de los tribunales de justicia, para lo cual, muchas veces, consideran que actúan arbitrariamente. Las distintas apreciaciones que se pueden generar en relación a una correcta visión de este fenómeno social jurídico de la negligencia médica, producen un contexto que afecta la salud de los pacientes, que ven cada día una mayor responsabilidad del profesional, lo que termina por alterar el sistema en su contra.

⁴⁸ SCLAR/HOUSMAN. Medical. óp. cit. nota n° 22. p. 77.

Dentro de las causas que fundamentan el aumento de procedimientos judiciales hacia los médicos, que se han observado en los últimos años son:

- a) Se han producido expectativas, muchas veces, insatisfechas por parte del paciente. En general la comunidad no tiene conocimientos de las limitaciones de la medicina y desconocen los procedimientos del acto médico.
- b) Se ha producido también una gran limitación en los recursos que proporciona el Estado para la atención de salud, sobre todo en el sistema público, donde dichos recursos determinan hasta dónde puede llegar la responsabilidad personal, y donde se inicia la institucional. Actualmente, para muchas personas, es difícil ingresar a una atención de salud, porque en la mayoría de los casos no tienen recursos para pagarla, pero ellas quieren y piden lo mejor, ya que por distintos medios se les ha ofrecido una correcta atención de salud, generando muchas expectativas insatisfechas.
- c) También se produce una información, por parte de los médicos, incompleta. Es normal que los medios de comunicación muestren numerosos avances en la tecnología médica, lo que ocasiona que la ciudadanía exija tecnología de punta en cualquier parte de nuestro país, sin tomar en cuenta que estos avances tienen una relación entre la expectativa creada y la oferta real, todo producido por una deficiente educación en salud.
- d) Se presenta, muy a menudo, una falta de comunicación médico-paciente, donde el médico informa muy poco o no le explica en términos sencillos a éste sobre su enfermedad, los riesgos y su pronóstico. También no dan a conocer qué sucede con un determinado tratamiento o intervención quirúrgica a pacientes y familiares, o se les explica con un lenguaje demasiado técnico, incomprensible para el público en general. Los profesionales de la salud deben estar comprometidos a escuchar a los pacientes y a sus familias, entablando una relación horizontal con dichas personas, además debe ajustarse a los recursos disponibles, ya que habiendo especialistas disponibles no hay excusa para no consultarlos.

6.2 Falmed

Cuando se creó la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico (FALMED) en 1994, pocos imaginaban la evolución que tendría en 19 años. Tras comenzar con poco más de mil afiliados y 6 juicios en su primer año de funcionamiento actualmente la Fundación supera los 12 mil médicos. Falmed cuenta con experiencia en casi 3 mil juicios, lo que la ha transformado en la principal institución de su tipo en el país e incluso Latinoamérica.

A mediados de los años 90 creció entre los profesionales de la salud una gran preocupación por el crecimiento de demandas en su contra por negligencia médica, ya que año a año se hacían más frecuentes. Esto no solo sucedería en Chile, como ya se mencionó, sino que se trataría de un fenómeno mundial donde se viviría la “judicialización de la medicina”.

Ante esto, el Colegio Médico de Chile tomó la decisión de crear una fundación que protegiera a los médicos, y entregara asesoría y defensa a sus integrantes, además de realizar una prevención y educación sobre los riesgos médico-legales. Así, en el año 1994 FALMED comenzó a ofrecer servicio, debiendo enfrentar sus primeros 6 juicios por una presunción de mala praxis. En el año 2012 FALMED se transformó en la institución más respetada y con una gran experiencia en el ámbito de protección a médicos, siendo un referente a nivel Latinoamericano.

En un comienzo se daba a sus afiliados servicios de asesoría y una defensa legal frente a presuntas negligencias médicas, pero con el paso de los años se observó que se debía realizar algo más importante, un servicio adicional, siendo este un seguro de responsabilidad civil para los profesionales de la salud, ya que estos necesitaban (y necesitan) un resguardo patrimonial en caso de enfrentar pago de indemnizaciones ante las denuncias civiles por mala praxis médica. Desde el año 2004 se empezó a ofrecer este seguro médico, junto al convenio de

la compañía MAPFRE (Compañía de Seguros presente en múltiples países).

A principios del 2010, tras una negociación, se renovó el seguro con Mapfre y se renovó el convenio hasta el 2011. Con una cuota promedio, la cual difiere en el caso de los médicos becados y con menos de 3 años de egresados, el médico recibe asesoría, defensa y cobertura patrimonial por 5.000 UF, sin deducible y sin descuento de ningún tipo de honorario jurídico.

Con la reforma procesal penal implicó importantes desafíos para el equipo jurídico de la Fundación, ya que era necesario hacer frente a este sistema con herramientas distintas a las tradicionales, y con abogados muy bien preparados en litigios orales. Actualmente Falmed cuenta con los recursos adecuados y profesionales de excelencia para enfrentar este tipo de juicios.

Actualmente existe una atención descentralizada, estando presente en todas las regiones de Chile. Falmed está presente en las 19 ciudades más importantes del país. Así, tras 19 años, Falmed ha crecido y se ha consolidado de la mano de los miles de afiliados que han confiado en la institución y profesionalismo del equipo con experiencia en asesoría y defensa legal de médicos.

Algunas ventajas de Falmed son:

1. Fue creada por el Colegio Médico y cuenta con su respaldo.
2. Defiende solo a médicos y no a instituciones de salud, evitando eventuales conflictos de intereses.
3. Entrega asesoría legal y un seguro de responsabilidad médica.
4. Oficinas y abogados presentes en todo el país.
5. Asesoría legal, representación y defensa ante sumarios administrativos, mediaciones o juicios por mala praxis.
6. Asesoría comunicacional.

7. Actividades de prevención y capacitación en materias médico-legales.
8. Experiencia en casi 3 mil juicios, con un porcentaje de éxito superior a 99%.
9. No discrimina por especialidad.

6.2.1 Estadísticas

Las estadísticas del año 2011 (la última medición de Falmed)⁴⁹ confirman que el fenómeno de la judicialización de la medicina en nuestro país no solo se ha detenido en los últimos dos años, sino que además ha disminuido en más de un 13% el número de juicios ingresados desde el 2009:

1. Hasta el año 2011 se han realizado 2983
2. El año 2011 se ingresaron 318 juicios con 403 médicos involucrados. 56 fueron juicios civiles (18%) y 262 juicios penales (82%) con un total de 318 procedimientos.
3. En cuanto al sistema de salud, dentro del sistema público se realizaron 202 juicios (64%), en el sistema privado 106 (33%) y en el sistema institucional 10 (3%), con un total de 318 procedimientos.
4. La cantidad de juicios por especialidad fueron de ginecobstetricia (76), pediatría (61), anestesiología (50), psiquiatría (29), urología (22), dermatología (17), cirugía (10), y otras especialidades como oftalmología, cirugía infantil o medicina interna, entre otras (52).
5. En cuanto a procedimientos por regiones, la mayor cantidad se presentó en la Región Metropolitana con un total de 118 juicios, estando en segundo lugar la cuarta región con un total de 32, y en tercer lugar la tercera región con 27.
6. En materia de mediación, en la Región Metropolitana se realizaron 93 (53%) y en regiones 83 (47%), con un total de 176 mediaciones.
7. Y en cuanto a mediaciones según el sistema de salud, en el sistema público se realizaron 100 (57%) y en el sistema privado 76 (43%), con un total de 176.

⁴⁹ Memoria 2011. Revista Falmed. pp. 8-10.

6.3 La mediación en salud

6.3.1 Un poco de historia

El AUGE (Régimen de Garantías en Salud), creado por la ley 19.966, incluyó en esta un título especial en materia sanitaria sobre responsabilidad. Estableció, por ello, un procedimiento de mediación en salud como una medida prejudicial en los casos de reclamos por negligencias médicas en usuarios, contra los prestadores públicos de salud, funcionarios o establecimientos privados, cuando estos se fundan en alegaciones por daños sufridos ocasionándose en el incumplimiento de sus respectivas funciones a la prestación de salud.

En un ámbito general, la mediación es una institución donde las partes que están pasando por un conflicto de relevancia jurídica, cuentan con la ayuda de un tercero imparcial llamado mediador, para lograr un acuerdo, conduciendo su conflicto y permitiéndoles una solución prejudicial.

En este sentido, esto significa un cambio para la solución de conflictos, ya que no es un tribunal de justicia el que determina una solución, donde indica lo que los implicados deben realizar, sino que son estos mismos los que asumen la responsabilidad de conducir dicho conflicto a una solución en el que ambos estén de acuerdo. La mediación busca reconocer sus propios intereses y necesidades, ceder en algunos ámbitos y mirar a la contraparte como una persona comprometida en la disputa y con la idea de solucionarla.

El abogado Juan Carlos Bello explica que los problemas se solucionan conversando, cediendo, [con mayor razón aún en el ámbito médico, porque no estamos hablando de conductas con la intención de causar daño, sino de errores o, en el peor de los casos, de negligencia].⁵⁰

⁵⁰ Mediación en Salud: Sanando la Comunicación Médico-Paciente. Revista Falmed. pp. 4.

De acuerdo a su opinión, estos temas no deberían quedar en el ámbito del derecho penal, el que debería abordar solamente los casos más graves.

[Siempre he creído que es más sano sacar del ámbito judicial la mayor cantidad de temas; esto revela un mayor grado de civilidad de una sociedad, por eso la mediación es tan importante]⁵¹, agrega el abogado.

6.3.2 Principios Generales de la Mediación en Salud

Sobre los principios generales de la mediación, hay que destacar el consentimiento informado de las partes y su participación. El mediador debe ser confiable para dichas partes, creíble, siempre imparcial, flexible y serio en el actuar, contando también con la habilidad de ser cercano y comprender las pretensiones de cada uno, y posteriormente tomar una respectiva distancia sin descuidar la atención.

El reglamento de mediación en salud, sobre reclamos en contra de los prestadores de salud, tanto funcionarios, como establecimientos públicos y privados, establece los siguientes principios generales:

1. Principio de Igualdad: El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio.
2. Principio de Celeridad: El procedimiento de mediación se impulsará de oficio en todos sus trámites, el mediador y los funcionarios públicos que de cualquier modo intervengan en él deberán actuar por propia iniciativa, salvo respecto de las actuaciones que correspondan a las partes, haciendo expeditos los trámites del procedimiento y removiendo todo obstáculo que pudiese afectar su pronta y debida solución.

⁵¹ Id.

3. Principio de Confidencialidad: El mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional.
4. Principio de Imparcialidad: El mediador debe actuar con objetividad, cuidando de no favorecer o privilegiar a una parte en perjuicio de la otra y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación.
5. Principio de Voluntariedad: Cualquiera de las partes podrá, en todo momento, expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, el que se dará por terminado, dejándose constancia en un acta que deberá ser firmada por las partes y el mediador.
6. Principio de Probidad: Consiste en observar una conducta intachable y desarrollar un desempeño honesto y leal de la función de mediador, con preeminencia del interés de las partes y de la sociedad por sobre el particular.

6.3.3 La inconstitucionalidad de la mediación en salud

El 30 de mayo del año 2005 se publicó en el diario de Lexis Nexis “La semana jurídica” un artículo sobre las críticas a la mediación en salud, creada por la ley N° 19.966, publicada el 3 de septiembre de 2004 y que entro en vigencia en marzo del año 2005.

Ese mes partió oficialmente el sistema de mediación creado en el marco de la reforma a la salud, por lo que el Consejo de Defensa del Estado inauguro la Unidad Nacional de Mediación en Salud, con sede central en la región metropolitana, específicamente en la ciudad de Santiago, la cual consistía en una intervención en los conflictos que surgieran con ocasión del otorgamiento de prestaciones de salud por parte de los servicios públicos (constituidos por hospitales, consultorios y postas urbanas y rurales). La Superintendencia de Salud, por su lado, procedió a abrir el listado de mediadores que empezarán a dirimir en el sector privado, lo cual empezaría a regir en junio del año 2005, para este tipo de controversias.

Este procedimiento se puso en marcha con el AUGE, el cual no estuvo exento de críticas, tanto por quienes lo veían como un freno a los procesos por negligencias médicas como también desde sectores que agrupan a médicos, quienes manifestaron su inquietud por la nueva normativa que se había oficializado.

El profesor titular de Derecho Administrativo y decano de Derecho de la Universidad Santo Tomas de la época, doctor en Derecho de la Universidad de Paris/Panthéon-Sorbonne, Eduardo Soto Kloss escribió sobre este tema, abordando los aspectos constitucionales referidos a los derechos fundamentales que aparecerían afectados con la nueva normativa.

El abogado en su artículo mencionó sobre todo sobre la inconstitucionalidades de este nuevo sistema: [Nos encontramos, precisamente, ante un clarísimo ejemplo de como el legislador haciendo caso omiso de la Constitución, la vulnera de manera flagrante y directa, de modo palmario y sin rubor alguno, avasallando una serie de derechos fundamentales, de aquellos más esenciales que emanan de la mismísima naturaleza humana.

Pero no solo ellos son avasallados, sino también se violan directamente potestades o atribuciones inherentes de los tribunales de justicia, impidiendo su ejercicio y transgrediendo, así, precisas disposiciones de la Carta fundamental].⁵² La publicación señalaba que en la ley N° 19.966 en su Título III (Arts. 38 a 55) y específicamente los Arts. 43 y 53 se violaban los derechos fundamentales de las víctimas de daños producidos por los Servicios de Salud.

El primero de esos arts. Señala: [El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el

⁵² SOTO Kloss, Eduardo. Críticas a la mediación en salud. Revista La semana jurídica. pp. 4.

cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional, que reúna los requisitos del artículo 54].

Parte de esta discusión sobre los derechos fundamentales constitucionales era sobre este art, el cual según el abogado impedía a la víctima acudir directamente a los tribunales, por lo que se pasaba a llevar, además de su derecho de libre acceso a la Justicia, las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales de justicia y les imponía una abstención de conocer el asunto: [No se requiere larga disquisición para advertir que el artículo 43 de la ley N° 19.966 infringe con el solo enunciamiento del inciso 1° uno de los derechos más sagrados que toda persona posee por el hecho de ser persona y que la Constitución le reconoce expresamente, como es el “derecho de acceso a la justicia”, esto es acceder a un tribunal de la Republica para que éste, en un debido proceso, justo y racional, diga el Derecho en un asunto en que se ventila una controversia sobre bienes y derechos.

En efecto, el solo hecho de exigir a una víctima para acudir a los tribunales de justicia en demanda de indemnización de perjuicio por los daños que le ha producido un Servicio de Salud/un Hospital público/una asistencia pública, el tener que acudir previamente a un procedimiento administrativo de mediación y nada menos que ante el Consejo de Defensa del Estado, viola el derecho inalienable, intangible y esencial que toda persona tiene –por ser persona- de acudir a un Tribunal de Justicia para defensa, tutela y protección de sus derechos agraviados].⁵³

La Constitución en su artículo 19 reconoce las garantías constitucionales, reconocidos por todos los tratados internacionales, que se traduce en el “derecho

⁵³ Id.

a la jurisdicción”, derecho que permite acudir a un juez, tercero independiente e imparcial, el cual en un debido proceso declara el Derecho en una situación determinada que afecte los derechos de las personas.

Tal “derecho a la jurisdicción” está en la propia Constitución asegurado y protegido expresamente en su artículo 19 N° 26, que impide y prohíbe que la ley afecte este derecho fundamental, en su contenido esencial, en su esencia, imponiendo “condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Y que mayor impedimento para su ejercicio, según la referida publicación, que en este artículo 43 inciso 1°, de establecer una mediación que se impone obligatoriamente a la víctima, al menos en cuanto debe necesariamente reclamarse ante una autoridad administrativa esa indemnización, o la responsabilidad del Servicio de Salud, autor del daño.

Por otro lado menciona que tal exigencia es inconstitucional por violar el artículo 38 inciso 2° de la Constitución, según el cual cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por algún organismo de la Administración del Estado puede recurrir a los tribunales, sin ninguna limitación previa, para reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios, refiriéndose: [La abierta irregularidad que significa que el artículo 53 inciso 2° de la Ley N° 19.966 establezca topes en los montos de indemnización que se pueden acordar para reparar el daño producido por los Servicios de Salud en una víctima, montos que a mayo de 2005, comienza a tener aplicación esta ley, alcanzan a 17 millones, y con autorización del Ministro de Hacienda hasta 51 millones. Ello es inconstitucional desde que afecta el derecho de propiedad de la víctima, puesto que el daño referido constituye una “privación ilícita” de lo suyo (sea en el ser o en el tener), lo que debe ser restituido integralmente, a fin de ajustar el desequilibrio que tal daño le ha producido injustificadamente. Al determinar una suma máxima como indemnización está limitando esta reparación, y de este modo puede que no sea reparada íntegramente como es de justicia y como lo requiere la Constitución (artículo 19 N° 24).

Y más inconstitucional aparece esta exigencia de mediación previa si se considera que la mediación está a cargo del Consejo de Defensa del Estado, que es el mismo organismo estatal público que puede asumir la defensa judicial del propio Servicio de Salud demandado ante los Tribunales [...] en el caso de no lograrse la mediación y concurrir la víctima con posterioridad a los Tribunales de Justicia].⁵⁴

La publicación, manteniéndose en esta postura de inconstitucionalidad, menciona por otro lado que el mismo artículo 43 inciso 1° de la ley ya señalada infringe el artículo 73 de la Constitución (actualmente el artículo 76), ya que este procedimiento de mediación obligatorio estatal administrativo en que se ventila un asunto controvertido que opone a las dos partes (víctima y Servicio de Salud) implica que un asunto propiamente judicial se entrega a un “organismo” que carece de toda función jurisdiccional, y con pretensiones de que se decida a través del acuerdo a que lleguen bajo la guía de un mediador.

Esto pasa a llevar el derecho fundamental a ser juzgado por un “juez natural”, que la propia Constitución reconoce y asegura a toda persona en su artículo 19 N° 3, esto es acudir a un juez, o sea, un órgano independiente de las partes y, por ende, imparcial, disposición que establece que a los tribunales les corresponde conocer de las causas tanto civiles como penales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, por lo que la misma Constitución prohíbe al Presidente de la República y al Congreso Nacional ejercer una función judicial, concluyendo la publicación con:

[No cabe sino afirmar la patente inconstitucionalidad del artículo 43 inciso 1° de la ley N° 19.966, en cuanto impone la obligatoriedad de un procedimiento administrativo de mediación como exigencia previa a ocurrir ante los Tribunales de Justicia para la acción de responsabilidad del Estado por daños producidos a una

⁵⁴ Id.

víctima por actos, hechos u omisiones de sus Servicios de Salud].⁵⁵

Y es que esa imposición es contraria a la Constitución, puesto que se violan los derechos de toda persona:

1. A la jurisdicción (artículo 19 N° 3 inciso 1°).
2. De acceso a la justicia (ídem).
3. Al juez natural (artículo 19 N° 3 inciso 4°).
4. Al debido proceso, justo y racional (artículo 19 N° 3 incisos 4° y 5°).
5. A no ser afectado en la esencia de dichos derechos (artículo 19 N° 26).
6. También el derecho a accionar responsabilidad del Estado Administrador (artículo 38 inciso 2°).
7. Y se vulneran las potestades inherentes que la Constitución confiere a los tribunales de justicia para ejercer la función jurisdiccional, de manera exclusiva y excluyente (artículo 73).

6.3.4 Postura de Falmed

En la revista de Falmed de mayo-agosto 2009 se menciona que, desde el momento en que se creó la norma sobre mediación en salud en Chile, el tema central que quedó en evidencia en este proceso prejudicial es la importante comunicación médico-paciente. Según los expertos que se consultaron en esa edición de la revista, muchas demandas hacia médicos se podrían evitar si se soluciona la comunicación entre médicos y los pacientes y su familia.

Explica el abogado Bello: [Una de las causas que podría evitar el crecimiento de los juicios por mala praxis es mantener una buena comunicación médico-paciente, y eso incluye el entregar una información completa y acabada. El problema es que en muchos casos, esto no se puede dar, no por razones imputables al médico, sino por la carga asistencial que le imponen, ya que tiene

⁵⁵ Id.

que atender a muchos pacientes en poco tiempo. Esto hace, por ejemplo, que los consentimientos informados pasen a ser meros formularios, en vez de ser lo que realmente deberían ser: una conversación acabada y explicada por parte del médico acerca del procedimiento y sus riesgos].⁵⁶

Opinión que complementa Ana María Fernández, jefa de la Unidad de Gestión Alternativa de Conflictos de la Superintendencia de Salud (unidad encargada de las mediaciones en el sector privado), la cual indica que en varias oportunidades se ocasionan muchas expectativas en el paciente y sus familiares, en relación a una ciencia que nunca es exacta. Agregando [esa comunicación previa a la prestación y al tratamiento pareciera que no siempre se da de la mejor forma, creándose entonces un no cumplimiento de las expectativas. Frente a esto, hay que echarle la culpa a alguien y qué mejor que al prestador [...] y el prestador no necesariamente tiene la responsabilidad real].⁵⁷

En este contexto, [claramente estimamos que la mediación ha venido a cumplir, en algunos casos, un tipo de consentimiento informado post-acto médico, en donde el resultado no esperado por parte del paciente se entiende como una complicación propia de la enfermedad, o susceptible de ocurrir incluso en las manos más expertas].⁵⁸

Durante el año 2008 en el sistema público de salud se realizaron 54 mediaciones (57%), mientras que en el sistema privado 41 (43%), con un total de 95. En cuanto al resultado de estas, 22 fueron rechazadas (23%), 15 no llegaron a acuerdo (16%), 3 llegaron a un acuerdo patrimonial (3%), 4 resultaron con otro tipo de acuerdos (4%) y en el transcurso de ese año estuvieron pendientes 51 mediaciones (54%).

En cuanto a las solicitudes de mediación en salud en el sector público entre

⁵⁶ Mediación en Salud: Sanando la Comunicación Médico-Paciente. Revista Falmed. pp. 4.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Id.

los años 2005 y 2008 los resultados fueron que en el 2005 se realizaron 396 (con un aumento del 64%), el año 2006 649 mediaciones (con aumento de un 27%), el 2007 827 mediaciones (aumentando en un 32%) y el año 2008 se realizaron 1090, con el mismo aumento del año anterior.

Sobre el sector privado, entre los mismos años, el 2005 se realizaron 67 mediaciones, el 2006 205, el 2007 247 y el 2008 359 de las mismas.

Es necesario considerar que Falmed asesora en procesos de mediación solo a los médicos afiliados, por ende estas no comprenden aquellas que hayan sido citadas instituciones de prestadoras ni otros profesionales de la salud.

6.4 Reforma Procesal Civil y sus efectos en la Responsabilidad Médica

El Código de Procedimiento Civil es una ley que rige los vínculos privados que las personas establecen entre ellas, preservando los intereses del sujeto tanto a nivel patrimonial como moral. En nuestro país, la norma que rige los procesos civiles está vigente desde el año 1903.

El inicio del proyecto a una Reforma Procesal Civil se remonta a noviembre del año 2004, cuando el Ministro de Justicia de dicha época, Luis Bates, le da un encargo a la facultad de Derecho de la Universidad de Chile de crear las bases para la elaboración de dicho proyecto de ley para un nuevo Código Procesal Civil, el cual es entregado en mayo del año 2005 al Ministerio de Justicia. En dicha fecha se crea el Foro Procesal Civil, que se integra por académicos de diversas Universidades, abogados y jueces, los cuales, tomando el trabajo entregado por la Universidad de Chile, crean las bases definitivas para la redacción del ante proyecto del nuevo Código.

En el mes de diciembre del año 2005, el Foro ya nombrado entrega un informe al Presidente de la Republica, quien establece la necesidad de generar un

nuevo Código, por lo tanto, en el año 2006, se da a conocer un anteproyecto e este, elaborado por académicos del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la universidad ya mencionada, el cual estuvo en proceso de revisión hasta la fecha del mes de abril del año 2009

El proyecto de ley ya elaborado ingresó a la Cámara de Diputados en el mes de junio del 2009 para la respectiva discusión parlamentaria, siendo corregido posteriormente, para finalizar en la presentación del proyecto definitivo en marzo del 2012

Con dichas modificaciones a la ley civil, los médicos, a la diferencia de lo que ocurre actualmente, tendrán la posibilidad de participar activamente y presencial en los juicios de los cuales sean parte, teniendo la obligación de estar informados a la actualización del proceso judicial. Debido a esto, existirá una mayor exposición mediática, además de una inter-relación directa del médico con el paciente y/o sus familias en los juicios, lo que si se llega a publicar y entrar en vigencia dicha norma, serán públicos y orales.

Con esta futura aprobación se acortara el tiempo de los procesos civiles, haciéndolos más expeditos y transparentes y adecuándolos a otros sistemas ya existentes en el país, como el proceso penal, de familia y laboral, los cuales permiten una resolución del conflicto mucho más inmediata.

Al día de hoy, los juicios por mala praxis médica pueden demorar, desde su inicio en primera instancia, aproximadamente dos años y medio. Posteriormente, si ninguna de las partes está de acuerdo con el fallo, interponiendo un recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones, se aumentaría el procedimiento por un año más, y si en esa etapa no se llega a un acuerdo satisfactorio para ambos, pasa a la Corte Suprema mediante un recurso de casación. Por lo que un proceso civil normal puede durar aproximadamente 5 años, sin perjuicio de que lo normal es que duren más de diez.

Una de las características que presenta la reforma, y es el punto que marca la gran diferencia entre el proceso actual y el que se quiere establecer, es el paso de un sistema netamente basado en un procedimiento documentado y solo escrito en su totalidad a juicios en los cuales se incorpora una etapa oral donde el demandante y el demandado estarán presentes, muy similar a la Reforma Procesal Penal, que se empezó a aplicar en el país desde el año 2000, finalizando el 2005 en la Región Metropolitana.

En el sistema actual los médicos, después de firmar el patrocinio a los abogados, no se enteran del proceso hasta que la sentencia definitiva se da a conocer. Situación en que el médico sólo participa del proceso cuando su abogado lo solicita, por ejemplo, los nombres de los testigos o medios de prueba que tiene en su poder, sin la necesidad de participar directamente en alguna audiencia.

En el nuevo procedimiento, como es oral y público, el médico tendrá que estar presencialmente en las audiencias junto a su abogado, expuesto a la luz pública, e incluso, en ciertos casos, verse enfrentado a los medios de comunicación. Por esta característica de oralidad, estos juicios podrán ser entendidos por cualquier persona, no como es la situación actual, donde todo el proceso consta en expedientes, donde sólo los abogados interactúan.

También regirá el principio de la inmediatez, serán juicios concentrados, donde el juez resolverá inmediatamente en la audiencia los incidentes que se planteen por las partes, siendo necesario estar muy al tanto respecto de los hechos y del derecho. Lo que antes duraba años por escrito, sólo durará un par de audiencias.

A pesar de que esto acorta significativamente los juicios civiles, no necesariamente habrá un aumento de ellos, sino que posiblemente existirá una forma de resolución previa y alternativa de conflictos, sea por medio de una mediación, arbitraje, etc.

CONCLUSION

En las sagradas escrituras vemos a Dios velando por la salud espiritual y física de los seres humanos, porque desea que el hombre, ser de su creación, tenga vida en abundancia. Pero en la realidad el profesional médico solo dispone de bienes materiales limitados, realiza solo lo que puede con los recursos que están a su alcance, aplica medios intelectuales con sus conocimientos específicos de su profesión.

Por mucho tiempo existió una resistencia a judicializar los casos en que se cometían negligencias médicas. No era aceptable que un juez, que no tiene ningún conocimiento sobre la medicina, juzgara al profesional de la salud respecto a la etiología de enfermedades o en los tratamientos que solo saben quiénes dominan esta ciencia.

Pero en el año 1862, en Francia, la Corte de Casación dictó un fallo refiriéndose a que el juez no puede inmiscuirse en los métodos médicos, pero en el derecho existen reglas generales, de buen sentido y de prudencia, en la que cada persona debe ajustarse en el ejercicio de su profesión, por lo que los médicos, como cualquier ciudadano, están sometidos al derecho común.

Actualmente el ciudadano tiene un mayor conocimiento de su derecho al acceso a la salud, y tiene derecho a saber si el médico tiene los conocimientos necesarios que se requiere, como también la habilidad.

Los límites de la responsabilidad médica los ha puesto la doctrina y jurisprudencia, que ha abierto para el jurista un gran campo de estudio.

BIBLIOGRAFIA

BALLESTEROS Santos, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo I. 2ª.ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006. 398 p.

BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile. Sector privado de salud. Responsabilidad civil [En línea]. [Fecha consulta: diciembre, 2012]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro277/277-02.htm>

BIBLIOTECA virtual Em Saude. [En línea]. Responsabilidad civil, penal y ética de los médicos. [Fecha consulta: noviembre, 2012]. Disponible en: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=405223&indexSearch=ID>>

CÓDIGO Civil. Santiago, Chile: Ministerio de Justicia, 2000. 426 p.

CÓDIGO Penal. Santiago, Chile: Ministerio de Justicia, Santiago, Chile: noviembre de 1874. 129 p.

CÓDIGO Sanitario. Santiago, Chile: Ministerio de Salud Pública, 1968. 42 p.

CONSEJO General de Colegios Oficiales de Médicos de España. [En línea]. Comisión central de Deontología [Fecha consulta: diciembre, 2012]. Disponible en: <<https://www.cgcom.es/deontologia>>

CONSTITUCIÓN Política de la República. Santiago, Chile: Ministerio del Interior, octubre de 1980. 129 p.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil. Vol. 2. Madrid, España: Tecnos, 2000. 1250 p.

ESQUVEL Zubiri, Jorge Luis. Generalidades de la Responsabilidad Civil Médico Paciente. [En línea]. [Fecha consulta: noviembre, 2012]. Disponible en: <http://www.robertexto.com/archivo1/resp_civil_medico.htm>.

GUAJARDO Carrasco, Baltazar. Aspectos de la responsabilidad civil médica. 2ª.ed. Santiago, Chile: Librotecnia, 2005. 295 p.

La GUÍA de Derecho. [En línea]. [Fecha consulta: diciembre, 2012]. Disponible en: <<http://derecho.laguia2000.com/parte-general/mala-praxis>>

Ley N° 18.575. CHILE. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ministerio del Interior, Subsecretaría del Interior, Santiago, Chile, diciembre de 1986. 27 p.

Ley N° 18.834. CHILE. Aprueba Estatuto Administrativo. Ministerio del Interior, Santiago, Chile, septiembre de 1989. 64 p.

Ley N° 20.000. CHILE. Sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Ministerio del interior, Santiago, Chile, febrero de 2005. 26 p.

Ley N° 20.584. CHILE. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, Santiago, Chile, abril de 2012. 13 p.

MEDALLO Muñiz, Jordi, PUJOL Robinat, Amadeo y ARIMANY Manso, Josep. Aspectos médicos-legales de la responsabilidad profesional médica. Instituto de Medicina Legal de Catalunya. Revista Medicina Clínica, Barcelona, España. 126(IV): 152-156, Febrero de 2006.

ORREGO, Juan Andrés. La responsabilidad extracontractual: delitos y cuasidelitos civiles. [En línea]. [Fecha consulta: septiembre, 2012] Disponible en: <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>>

ORREGO, Juan Andrés. Teoría General de las Obligaciones. [En línea]. [Fecha consulta: noviembre, 2012]. Disponible en:.....
<<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teoria-de-las-obligaciones/>>

PAILLAS, Enrique. Responsabilidad Médica. 4ª.ed. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2002. 182 p.

REAL Academia Española. Diccionario de la lengua española (DRAE). [En línea]. [Fecha consulta: enero, 2013]. Disponible en:
<<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>

REVISTA de ciencias penales. Valparaíso, Chile. 2, 1978-1981

REVISTA Falmed. Santiago de Chile. (4), Abril de 2010.

REVISTA Falmed. Santiago de Chile. (10), Octubre de 2012.

REVISTA médica de Chile. [En línea]. Santiago de Chile. [Fecha consulta: diciembre, 2012]. Disponible en:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872001001200013>

REVISTA Regional Santiago. Publicación del Consejo Regional Santiago, Colegio Médico de Chile A.G. (5), Mayo de 2012.

REVISTA La Semana Jurídica. Publicación de Lexis Nexis. Santiago de Chile, 5(238), junio de 2005.

SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y comparado: El control público. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1994. 237 p.

UNIVERSIDAD Finis Terrae. Formato para la elaboración de tesis de Derecho. [En línea]. [Fecha consulta: agosto, 2012]. Disponible en:
<<http://www.finisterrae.cl/guias-para-el-usuario/formato-de-tesis/formato-derecho>>.

VAZQUES Rogat, Andrés. Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud. Santiago de Chile: Jurídica Conosur, 1999. 316 p.

ANEXOS

Juramento de Hipócrates

“Juro y pongo a Apolo, el Médico, y a Asclepio e Hygeia y Panacea y a todos los dioses y diosas como testigos de que cumpliré este juramento y este acuerdo según mi competencia y leal entendimiento. Respetaré al que me enseñó este arte como si de mi padre se tratase. Le dejaré participar en mi sustento así como le daré de lo mío cuando lo necesite. Trataré a sus hijos como si fueran mis hermanos y les enseñaré este arte, si lo desean, sin pedirles retribuciones ni contrato. Asimismo, dejaré participar en los mandamientos, las clases y todas las demás instrucciones a mis hijos, así como a los de mi preceptor y a los estudiantes obligados por contrato y jurados según la tradición médica pero a nadie más.

Adoptaré prescripciones en favor del enfermo y conforme a mi competencia y mi diagnóstico pero cuidaré de aplicarlos sin perjudicar a nadie, ni de forma injusta.

Tampoco daré ninguna medicina mortal, ni siquiera cuando me lo pidan y, además, no daré consejos al respecto. Tampoco facilitaré a ninguna mujer un abortivo. Mantendré puros mi vida y mi oficio.

No haré extirpaciones, ni siquiera a los que sufren de cálculos, dejando esta práctica en manos de hombres especializados en ello.

Entraré en todas las casas a las que llegue en interés del enfermo, libre de cualquier injusticia o cualquier delito y especialmente de abusos lascivos en mujeres y hombres, así como en los criados y los esclavos.

No mencionaré jamás lo que veo o lo que oigo durante el tratamiento y lo

mantendré en secreto, al igual que fuera de mi consulta en el trato con personas cuando se trate de algo confidencial.

.

Si consigo cumplir este juramento y no romperlo, que se me conceda la posibilidad de progresar en mi vida y en mi oficio haciéndome respetar para siempre por todos los hombres. Y si vulnero y rompo el juramento, que me ocurra lo contrario."